عبد الرزاق السنهوري

الوسيط

في شرح القانون المدني الجديد

في التأمينات الشخصية والعينية

المجلد العاشر



دار النهضة العربية
القاهرة

الوسيط

في شرح القانون المدني

(١٠)

الجزء العاشر والأخير

في التأمينات الشخصية والعينية

تأليف

عبد الرزاق أحمد السنهوري

دكتور في العلوم القانونية ودكتور في العلوم الاقتصادية والسياسية

ودبلومه من معهد القانون الدولي بجامعة باريس

التأمينات الشخصية

والتأمينات العينية

كلمة تمهيدية

١ — الدائن العادى له ضمان عام على جميع أموال المدين : رأينا فى الجزء الثانى من الوسيط (فقرة ٥٢٤) أن الفقرة الأولى من المادة ٢٣٤ مدنى تنص على أن « أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه » ، فأموال المدين إذن هى الضمان العام (gage commur) للدائنين . ولكن الدائنين يكونون فى هذا الضمان العام ، من الناحية القانونية ، على قدم المساواة . فإذا اتسع لهم جميعاً أموال المدين ، استوفوا حقوقهم كاملة . أما إذا لم تتسع لهم أموال المدين ، واتخذوا جميعاً إجراءات التنفيذ على هذه الأموال ، فإنهم يتقاسمونها كل بنسبة حقه ، فلا يحصل كل منهم إلا على جزء من هذا الحق . وهذا ، كما قدمنا ، إذا استطاع الجميع أن يتخذوا إجراءات التنفيذ فى الوقت المناسب . أما إذا تخلف بعضهم لسبب أو لآخر ، وتقدم الباقون ، فهؤلاء الأخيرون هم الذين يتقاسمون أموال المدين ، فيحصلون على كل حقوقهم أو على بعضها . ولا يبقى للمتخلف منهم مال يذكر ينفذ عليه بحقه ، فيضيع عليه هذا الحق .

وللدائن ، بما له من ضمان عام على أموال المدين ، أن يتخذ طرقاً تحفظياً وطرقاً تنفيذية وطرقاً هى وسط ما بين الطرق التحفظية والطرق التنفيذية . والطرق التحفظية إما طرق يتخذها الدائن فى حقه هو كما إذا قطع التقادم بالنسبة إلى هذا الحق أو قام بقيد رهن ضامن له أو طلب تحقيق إمضاء مدينة على سند الدين . أو طرق يتخذها بالنسبة إلى أموال المدين كأن يضع الأختام عليها أو يحرر محضر جردها أو يتدخل فى إجراءات قسمة المال الشائع المملوك لمدينه . والطرق التنفيذية تكفل ببيانها تقنين المرافعات ، ويسبق التنفيذ حصول

الدائن على سند تنفيذى (titre exéeutoire) كحكم أو ورقة رسمية ، ويكون التنفيذ عادة بالحجز على أموال المدين وبيعها وتوزيع ما ينتج من ذلك عن طريق التقسيم بالمحاصة (distribution par conlribution) ، كل دائن بنسبة حقه كما سبق القول[١] . والطرق الوسطى ما بين التحفظية والتنفيذية ترد جميعها إلى المبدأ العام الذى تقدم ذكره ، وهو أن جميع أموال المدين ضامنة لالتزاماته ، وقد عدد التقنين المدنى منها خمسة . الطريق الأول هو الدعوى غير المباشرة ، يدفع بها الدائن عن نفسه تهاون المدين أو غشه إذا سكت هذا عن المطالبة بحقوقه لدى الغير ، فيباشر الدائن بنفسه حقوق مدينه نيابة عنه ، وبذلك يحافظ على ضمانه العام تمهيداً للتنفيذ بحقه بعد ذلك . والطريق الثانى هو الدعوى البولصية ، يدفع الدائن بها عن نفسه غش المدين إذا عمد هذا إلى التصرف فى ماله إضراراً بحق الدائن ، فيطعن الدائن فى هذا التصرف ويعود المال إلى الضمان العام تمهيداً للتنفيذ عليه . والطريق الثالث هو دعوى الصورية ، يدفع الدائن بها عن نفسه غش المدين أيضاً إذا عمد هذا إلى التظاهر بالتصرف فى ماله تصرفاً صورياً ، فيطعن الدائن فى هذا التصرف ويستبقى بذلك مال المدين فى ضمانه العام تمهيداً للتنفيذ عليه . والطريق الرابع هو الحق فى الحبس ، يحبس به الدائن مالا فى يده للمدين حتى يستوفى حقاً له مرتبطاً بهذا المال ، فهو أقوى من إجراء تحفظى لأن الدائن يتخذه تمهيداً للتنفيذ بحقه ، وأضعف من إجراء تنفيذى لأن الدائن لا يستوفى منه بمجرد حبسه مال المدين بل يجب عليه التنفيذ على هذا المال . والطريق الخامس هو شهر إعسار المدين ، وإجراءات الإعسار هى أيضاً تقوم على فكرة الضمان العام للدائنين ، وهى أقوى من الإجراءات التحفظية إذ تغل يد المدين عن التصرف فى ماله ، وأضعف من الإجراءات التنفيذية إذ لا تكفى وحدها للوفاء بحق الدائن بل يجب على الدائن اتخاذ إجراءات تنفيذية لاستيفاء حقه من أموال المدين الذى شهر إعساره[٢] .

٢ — **الضمان العام للدائن لا يكفى** : على أنه إذا كانت جميع أموال المدين

---

(١) الوسيط ٢ فقرة ٥٢٥ .

(٢) انظر فى كل هذا الوسيط ٢ فقرة ٥٢٦ .

ضماناً عاما للدائن ، وكان هذا منطقياً من الناحية القانونية ، فإنه لا يكفى من الناحية الفعلية . فقد رأينا أن أموال المدين قد لا تفضى ديونه ، فيضطر الدائن إلى الاقتصار على استيفاء جزء من حقه . بل قد يضيع عليه حقه إذا تخلف لسبب أو لآخر عن المشاركة فى التنفيذ على أموال المدين .

ثم إن المدين قد يتهاون فى تقاضى حقوقه من مدينيه ، إما إهمالا أو غشا ، لأن ما يستوفيه من هذه الحقوق ينفذ عليه دائنوه .وإذا كانت الدعوى غير المباشرة أعطاها القانون سلاحاً للدائن ضد هذا الإهمال أو الغش ، فهى سلاح غير كاف . إذ يجب على الدائن أن يستوفى شروطا معينة لاستعمال هذه الدعوى ، وما ينتج من الدعوى بعد ذلك يتساوى فيه جميع الدائنين ولايستأثر به الدائن الذى باشر الدعوى ، وقد لا يحصل هذا إلا على جزء من حقه . وقد يتصرف المدين غشاً فى ماله لإخراجه من ضمان دائنيه ، وإذا كانت الدعوى البولصية أعطاها القانون سلاحاً للدائن ضد هذا الغش ، فهى سلاح غير كاف . إذ يشترط فيها توافر شروط كثيرة ، وما ينتج منها يتساوى فيه جميع الدائنين ولا يستأثر به الدائن الذى باشر الدعوى البولصية ، شأنه فى ذلك شأن الدائن الذى باشر الدعوى غير المباشرة . وكذلك قل عن دعوى الصورية ، فإن ما ينتج منها يتساوى فيه جميع الدائنين ، ولا يستأثر به الدائن الذى باشر دعوى الصورية . وهكذا يستطيع المدين أن يتصرف فى أمواله غشاً ، أو يتصرف فيها تصرفاً صورياً ، وأن يهمل فى تقاضى حقوقه ، ويستطيع أن يزيد فى ديونه إضراراً بدائنيه ، ولا يعصم الدائنين من كل ذلك ما قرره القانون من أن أموال المدين جميعها ضامنة لديونه . ولذلك كان الدائن العادى (créancier chirographaire)[1] تحت رحمة مدينه ، لا ملاذ له إلا أمانة هذا المدين ونزاهته ، وإلا يسره وملاءته[2] .

وحتى يستطيع الدائن أن يطمئن إلى استيفاء حقه من مدينه ، يحسن به أن يحصل على تأمينات خاصة لحقه ((sûretés)) ، فيأمن بها إعسار المدين ،

---

(۱) ويسمى الدائن الذى يحمل سندا عاديا لحقه (Chirographum, cedula) دائنا عاديا (cédulires ou cedulière) .

(۲) چوسران ۲ فقرة ١٤٨٥ .

ويدرأ عنه بها غشه أو إهماله ، إذ أن هذه التأمينات الخاصة تكون عادة كافية للوفاء بحق الدائن كاملا فى ميعاد الاستحقاق .

٣ — التأمينات الخاصة — تأمينات شخصية وتأمينات عينية : والتأمينات الخاصة نوعان : تأمينات شخصية (sûretés personnlles) وتأمينات عينية (sûretés rélles) . فالتأمينات الشخصية هى ضم ذمة أو أكثر إلى ذمة المدين الأصلى ، فيصبح للدائن بدلا من مدين واحد مدينان أو أكثر ، كلهم مسئولون عن الدين إما فى وقت واحد أو على التعاقب . وبذلك يكفل حق الدائن ، لا ذمة واحدة هى ذمة المدين ، بل أكثر من ذمة . فإذا أعسر المدين رجع الدائن على غيره من المسئولين الآخرين عن حقه ، وقد يرى فى ذلك تأميناً كافياً لحقه . والتأمينات العينية تتلخص فى تخصيص مال معين ، يكون عادة مملوكاً للمدين ، لتأمين حق الدائن . فيكون للدائن حق عينى على هذا المال ، هو حق تبعى (accessoire) ، ويكفل هذا التأمين العينى الوفاء بحق الدائن . فالدائن يتقــدم أولا الدائنين العاديين (droit de préférence) ، بل والدائنين الأنزل فى المرتبة ، فى استيفاء حقه من هذا التأمين الخاص ، بحيث إذا حجز على هذا المال الأخير وهو لا يزال ملكاً للمدين ، تقدم بحقه على جميع الدائنين على الوجه السالف الذكر فى استيفاء هذا الحق من الثمن الذى يباع به هذا التأمين ، وفى هذا ضمان كاف للدائن ما دام التأمين الخاص مملوكاً للمدين . فاذا انتقلت ملكية هذا التأمين الخاص من المدين إلى غيره كمشتر ، فإن الدائن يتبعه ((droit de suite)) فى يد من انتقل إليه ، ويستطيع أن يحجز عليه وهو فى يد الغير ويستوفى منه حقه ، وفى هذا ضمان كاف للدائن إذا خرج التأمين الخاص من ملكية المدين . وبذلك يكفل التأمين العينى استيفاء الدائن لحقه منه ، سواء بقى فى ملكية المدين أو خرج من هذه الملكية .

والتأمينات ، شخصية كانت أو عينية ، مصدرها فى الغالب هو العقد . فالعقد هو المصدر الغالب فى التأمينات الشخصية ، وبخاصة عقد الكفالة إذ الكفالة لا تكون إلا بعقد . وكذلك هو مصدر أهم أنواع التأمينات العينية ، أى الرهن الرسمى والرهن الحيازى . والعقود التى تقرر التأمينات ، شخصية

كانت أو عينية ، تسمى بعقود الضمان (contrats de garantie) . وقد يكون القانون مصدر التأمينات الخاصة ، كما هو الأمر فى التضامن وعدم التجزئة فى بعض أحوالها وفى الدعوى المباشرة وفى حقوق الامتياز . وقد يكون مصدرها القضاء ، كما هو الأمر فى حق الاختصاص .

والتأمينات كما رأينا توفر ضماناً كافياً للدائن ، وهى فى الوقت ذاته تضع تحت يد المدين أداة للثقـــة والائتمان (instrument de crédit) . إذ هى تمكنه من أن يقدم لدائنه ضماناً كافياً لحقه ، فيستطيع أن يحصل عن هذا الطريق على ما يحتاج إليه من المال مادام قادراً على أن يقدم لدائنه الضمان الكافى . والائتمان (crédit) من أهم وسائل التعامل ، ولا بد منه فى مجتمع متحضر . إذ لا بد من أن يتوافر عند الشخص الوسائل اللازمة لتحقيق قدرته على تقديم التأمينات الكافية لدائنه من عناصر يسر وملاءة ، فيستطيع بذلك أن ينتفع بكل ما فى حوزته من طاقات مالية ، وأن يحصل على ما يقابل ذلك من المال . وهذا هو الائتمان الذى تتميز به المجتمعات المتحضرة ، فلا بد فى هذه المجتمعات من أن تنمو وسائل الائتمان وتقوى ، ليس فحسب لفائدة الدائن ، بل أيضاً وبوجه خاص لفائدة المدين نفسه[1] . وإذا لم توجد وسائل الائتمان والتأمينات الخاصة ، كان تفضيل دائن على آخر موكولا للصدف ، أو لسرعة المبادرة من قبل الدائن ، أو لتواطؤ المدين مع بعض الدائنين دون الآخرين ، أو لهذه الأسباب جميعاً ، أو لغيرها من الأسباب[2] .

٤ — مقومات التأمينات الخاصة : ويمكن أن يحسب من مقومات التأمينات الخاصة مقومات ثلاثة :

أولا — التأمين الخاص ، شخصياً كان أو عينياً ، يكفل دائماً حقاً شخصياً . فالدائن له حق شخصى فى ذمة المدين ، ويريد أن يطمئن لاستيفائه هذا الحق فى ميعاد استحقاقه ، فيطالب مدينه بتقديم تأمين خاص ، كفالة أو رهن أو غير ذلك من التأمينات الخاصة ، فيكفل التأمين الخاص على هذا الوجه حقاً شخصياً للدائن فى ذمة المدين . ولم توجد التأمينات الخاصة إلا لكفالة

(١) جوسران ٢ فقرة ١٤٥٩ .

(٢) كولان وكابيتان ٢ فقرة ١٣٨٧ .

الحقوق الشخصية الثابتة في ذمة المدينين للدائنين ، حتى يتخطى هؤلاء بها عقبة إعسار المدين أو غشه أو إهماله أو غير ذلك مما سبق أن قدمناه .

وإذا كان التأمين شخصياً ، فان التزاماً شخصياً فى ذمة الكفيل مثلا أو فى ذمة المدين المتضامن يضمن التزاماً شخصياً فى ذمة المدين الأصلى . وكذلك لو كان التأمين الخاص تأميناً عينياً ، فبالرغم من أن التأمين العينى هو حق عينى ، إلا أن هذا الحق العينى يضمن حقاً شخصياً ، فيكون المتبوع حقاً شخصياً ويكون التابع حقاً عينياً[1] .

ثانياً — والتأمين الخاص يضمن أى حق شخصى ، أياً كان مصدره ، وأياً كان محله .

فيجوز ضمان الحق الشخصى الذى يكون مصدره العقد أو العمل غير المشروع أو الإثراء بلا سبب أو القانون ، لا فرق بين مصدر ومصدر ، فكل هذه حقوق شخصية يجوز ضمانها بتأمينات خاصة . وعلى ذلك يجوز للملتزم بالعقد أن يقدم مثلا كفيلا بالتزامه أو يقدم رهناً ، وكذلك يجوز للملتزم بالعمل غير المشروع أن يقدم كفالة أو رهناً عن التزامه بالتعويض عن هذا العمل ، كما يجوز ذلك للملتزم بالإثراء بلا سبب أو للملتزم بالقانون .

ويجوز كذلك ضمان الحق الشخصى ، أياً كان محله . فقد يكون محل الحق الشخصى نقل حق عينى أو عملا أو امتناعاً عن عمل ، فيقدم المدين بهذا الالتزام كفالة أو رهناً مثلا لضمان التزامه . فالمقاول يقدم رهناً أو كفالة لضمان التزامه بالعمل الذى تعهد بالقيام به ، ويقدم ذلك المتعهد بعدم المنافسة . ولكن الغالب أن التأمين الخاص يقدم لضمان نقل حق عينى ، ويرجح أن يكون ضماناً للوفاء بمبلغ من النقود .

ثالثاً — والتأمين الخاص ، وهو يضمن حقاً شخصياً ، يكون تابعاً له غير مستقل عنه . فيسير معه أينما سار ، ويتبعه فى نشأته ومصيره وانقضائه .

---

(١) ويقرر بعض الفقهاء (انظر محمد كامل مرسى فى التأمينات الشخصية العينية الطبعة الثالثة ص ١٣) أنه يجوز أن يضمن التأمين الخاص حقا عينيا ، كالكفالة أو الرهن الذى يقدمه المنتفع بمنقول لمالك الرقبة ليضمن به رد هذا المنقول . ولكن يلاحظ أن المنتفع هنا إنما قدم كفالة أو رهنا لضمان شخصى ، هو الالتزام بالرد أو دفع تعويض عند عدم الرد (عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ١٠) .

وهذه التبعية من أهم مقومات التأمين الخاص ، وقد تقررت فى كثير من النصوص . ففى حوالة الحق مثلا قررت المادة ٣٠٧ مدنى أن الحوالة تشمل الحق بضماناته ، كالكفالة والامتياز والرهن – وفى حوالة الدين قررت المادة ١/٣١٨ مدنى أنه يبقى للدين المحال به ضماناته ، على أن الكفيل شخصياً كان أو عينياً لا يلتزم بالضمان إلا إذا رضى الحوالة إذ لا يجبر الكفيل على كفالة شخص لا يرتضيه (م ٢/٣١٨ مدنى) . وفى الوفاء مع الحلول قررت المادة ٣٢٩ مدنى أن من حل قانوناً أو اتفاقاً محل الدائن كان له حقه ، بما يكفل هذا الحق من تأمينات[1] .

وكذلك الكفالة تتبع الالتزام المكفول ، فلا تكون صحيحة إلا إذا كان هذا الالتزام صحيحاً (م ٧٧٦ مدنى) , والرهن لا ينفصل عن الدين المضمون ، بل يكون تابعاً له فى صحته وانقضائه ، ما لم ينص القانون على غير ذلك (م ١٠٤٢ مدنى) .

فالتأمين الخاص لا بد أن يتبع حقاً شخصياً لضمانه ، فاذا لم يقم هذا الحق الشخصى لم يقم التأمين الخاص ، وإذا انقضى الحق الشخصى لأى سبب من أسباب الانقضاء انقضى معه التأمين الخاص ، إذ أن التابع يتبع الأصل (accessorium sequitur principale)[2] .

٥ – **أقسام هذا الجزء العاشر :** وينقسم هذا الجزء العاشر إلى قسمين : القسم الأول فى التأمينات الشخصية ، والقسم الثانى وهو الأهم فى التأمينات العينية .

---

(١) وانظر فى تجديد الالتزام المواد ٣٥٦ – ٣٥٨ مدنى .

(٢) انظر فى ذلك عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ١٠ . شمس الدين الوكيل فقرة ١٨ .

القسم الأول

التأمينات الشخصية

Personal Security

تمهيد

٦ – ظهور التأمينات الشخصية قبل ظهور التأمينات العينية : بدأت التأمينات الشخصية ، كالتضامن والكفالة ، فى الظهور فى المجتمعات البدائية قبل ظهور التأمينات العينية . وكان لذلك سببان :

(السبب الأول) أن التأمينات العينية تفترض حضارة أكثر تقدماً ، إذ كان يسبقها تنظيم حق الملكية ، ثم تفريع الحقوق العينية الأخرى عن هذا الحق ، ثم التمييز بين الحقوق العينية الأصلية والحقوق العينية التبعية إذ لم تكن التأمينات العينية إلا حقوقاً عينية تبعية . وهذا كله يفترض تقدماً فى الحضارة ، وتنوعاً فى الحقوق . ولذلك تأخرت التأمينات العينية فى الظهور عن التأمينات الشخصية ، إذ أن هذه التأمينات الأخيرة لم تكن تفترض إلا أن تنضم ذمة إلى ذمة أخرى على قدم المساواة أو على التعاقب . وكانت التأمينات الشخصية فى روما هى الأولى فى الظهور فعلا ، ولم تظهر التأمينات العينية وبخاصة حق الرهن إلا فى وقت متأخر تحت تأثير القانون اليونانى [1] .

(والسبب الثانى) أن التأمينات كان ظهورها بادئ ذى بدء أمراً طبيعياً ، إذ كان المدينون فى أول الأمر من الطبقة الفقيرة لا تملك ما تقدمه تأميناً عينياً ، فقد كانت التأمينات العينية تقوم فى أساسها على العقار . وكان العقار هو ملك الأسرة جميعاً إذ كان يمثل الثروة الحقيقية ، ويمثل الأسرة رئيسها فهو وحده الذى يحوز العقار ولا يملكه . أما بقية أفراد الأسرة فكانوا يلجأون إلى التأمينات الشخصية ، ويساعدهم على ذلك قيام روابط الأسرة والتضامن فيما بين أفرادها . فكان الفرد لا يعدم من أفراد قبيلته ، ثم من أفراد أسرته ، من يتضامن معه ويكفل الدين عنه ، فكان النظام الاجتماعى للقبيلة ثم للاسرة يهيئ السبيل إلى التأمينات الشخصية من تضامن وكفالة [2] .

---

(١) چوسران ٢ فقرة ١٤٦١ ص ٧٩٢ .

(٢) كولان وكاپيتان ٢ فقرة ١٣٨٥ – پلانيول وريپير وبولانچيه ٢ فقرة ١٩١٦ ص ٦٢٢ .

٧ — تفوق التأمينات العينية على التأمينات الشخصية : ولما ظهرت التأمينات العينية ، بعد أن تطور القانون على النحو السالف الذكر ، كان ظهورها سببه تفوقها على التأمينات الشخصية . فالتأمينات الشخصية هى ضم ذمة إلى ذمة أخرى ، وقد يكون كل من الذمتين معسراً فلا تكون هذه التأمينات ضماناً كافياً لحق الدائن . أما فى التأمينات العينية فإن مالا معيناً ، ويكون غالباً من أموال المدين ، يخصص لوفاء حق الدائن ، ويثبت للدائن عليه حق التقدم وحق التتبع على النحو الذى بيناه . فاذا كان هذا المال كافياً للوفاء بحق الدائن ، وفى أكثر الأحوال يكون وافياً لأن الدائن لا يقبله عادة إلا لأنه يفى بحقه ، أصبح الدائن فى مأمن من إعسار المدين بماله من حق التقدم ، وفى مأمن من غشه إذا تصرف فى هذا المال بما للدائن من حق التتبع . فيكون الدائن ، بفضل ماله من تأمين عينى ، أكثر أمناً على حقه مما لو كان له مجرد تأمين شخصى . بل يكون عادة فى أمن تام ، واثقاً كل الوثوق من الحصول على حقه فى ميعاد استحقاقه[1] .

وكذلك اختفت بعض أسباب ظهور التأمينات الشخصية ، فضعف التضامن العائلى وهو التضامن الذى كان سبباً فى ظهور المسئولية التضامنية والكفالة ، ولم تعد الأقارب يضمن بعضها بعضاً فيما عدا الزوج والزوجة . وباختفاء عهد الإقطاع ، اختفت العلاقة فيما بين التابع والمتبوع ، فلم يعد المتبوع يكفل التابع . ولم يكد المدين يجد كفيلا له إلا لقاء أجر ، وأغلب ما يكون ذلك لدى المصارف[2] .

٨ — رجوع التأمينات الشخصية إلى الظهور فى القانون التجارى : على أن بعض عيوب الشهر فى التأمينات العينية ، وهى تقوم على عماد من

---

(١) انظر فى هذا المعنى كولان وكاپيتان ٢ نقرة ١٣٨٦ ص ٨٨٨ . وقد ظهر تفوق التأمينات العينية على التأمينات الشخصية ظهورا واضحاً ، حتى قورن ما بين النوعين من التأمينات وضربت الأمثال فى ذلك . فقيل فى القانون الرومانى Plus eat cautionisin re quam in persona ، وقيل فى القانون الفرنسى القديم Mieut vaut gaige en arche (caffre) que pleige (cautem) en place وقال Loysel Piaige plaide, gage rend, e: pailleur cautior est occason de double procès.

(٢) بلانيول وريبير وبولانچيه ٢ فقرة ١٩١٧ .

الشهر ، أرجعت إلى الظهور التأمينات الشخصية . هذا إلى أن التضامن ظهر مرة أخرى بين الزراع وبين صغار التجار ، ومن هنا أخذت التأمينات الشخصية التبادلية تظهر فيما بينهم ، وقد استبدل بالتضامن العائلى تضامن الطوائف من زراع وتجار [١].

هذا إلى أن التأمينات الشخصية رجعت إلى الظهور بوجه خاص فى القانون التجارى ، بفضل رقى نظام المصارف . فأصبح المصرف هو الذى يضمن عميله ، لقاء عمولة يتقاضاها منه . ويضمن المصرف عميله بطرق مختلفة ، منها أن يتقدم بنفسه مباشرة كفيلا (caution) لعميله ، ومنها أن يقبل الكمبيالة من عميله ، وهذا القبول (aval) يتضمن ضرباً من الكفالة ، ومنها أن يقبل تحويل شيكات عليه [٢] .

كذلك رجعت الكفالة إلى الظهور فيما بين الشركات التجارية ، فكثيراً ما تكفل الشركة الأصيلة شركة أخرى متولدة عنها ، أو تجعل هذه الشركة المتولدة عنها تكفلها . وقد حل التضامن ما بين الشركات محل التضامن العائلى [٣] .

٩ — أنواع التأمينات الشخصية : ويجب أن يستبعد من التأمينات الشخصية ما يأتى :

أولا — الحق فى الحبس ، وما يتضمنه هذا الحق من الدفع بعدم التنفيذ . فان الدائن يحبس تحت يده مالا خاصاً للمدين حتى يستوفى منه حقه ، فهو لا يمت إلى التأمينات الشخصية بصلة ، بل هو أقرب إلى التأمينات العينيـة لأن الدائن يحبس فى يده مالا معيناً مملوكاً للمدين . على أنه ليس من التأمينات العينية ، فصاحب التأمين العينى يكون له على المال المعين المملوك للمدين حق عينى مقترن بحق التقدم وحق التتبع ، أما هنا فليس للدائن حق عينى على

---

(١) كولان وكاپيتان ٢ فقرة ١٣٨٧ .

(٢) انظر القانون الفرنسى الصادر فى ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٣٥ المواد ٢٥ — ٢٧ — وانظر بلانيول وريپير وبولانچيه ٢ فقرة ١٩١٧ .

(٣) پلانيول وريپير وبولانچيه ٢ فقرة ١٩١٧ .

المال المحبوس وليس له عليه لا حق تقدم ولا حق تتبع[١] . وقد قدمنا أن الحق فى الحبس هو وسط بين الإجراءات التحفظية والإجراءات التنفيذية ، إذ هو أقوى من الإجراءات التحفظية فهو يمهد للتنفيذ ، وأضعف من الإجراءات التنفيذية إذ هو وحده لا يكفى للتنفيذ بل يجب اتخاذ إجراءات تنفيذ حتى يستوفى الدائن حقه[٢] . وقد سبق بحث كل من الحق فى الحبس[٣] والدفع بعدم التنفيذ[٤] .

ثانياً — والكفالة العينية لا تدخل فى التأمينات الشخصية . وإذا وجد كفيل هنا ، فإنه لا يلتزم التزاماً شخصياً كما يلتزم الكفيل فى التأمينات الشخصية ، بل يقدم مالا مملوكاً له يكون رهناً يضمن حقاً شخصياً للدائن ، ومن هنا جاءت تسميته بالكفيل العينى ((caution réelle)) . فالكفالة العينية يغلب فيها معنى العينية على معنى الكفالة ، وهى فى الواقع من الأمر تأمين عينى لا تأمين شخصى ، ولكنه يتميز بأن الذى يقدمه ضماناً لحق الدائن ليس هو المدين كما هو الأمر عادة فى التأمين العينى ، بل شخص آخر غير المدين يضمن المدين بأن يقدم عيناً مملوكة له يجعلها رهنا فى التزام المدين[٥] . وسنبحث الكفالة العينية عند بحث الرهن ، لأنها فى حقيقتها رهن .

ويبقى بعد الذى استبعدناه التأمينات الشخصية بمعناها الصحيح . وهى عبارة عن ضم ذمة إلى ذمة أخرى لضمان حق الدائن . فالتأمينات الشخصية ليست إذن بحقوق عينية كما هو الأمر فى التأمينات العينية ، بل هى التزامات شخصية تضاف إلى التزام المدين ، ولذلك سميت بالتامينات الشخصية .

وضم ذمة إلى ذمة أخرى قد يكون على قدم المساواة ، فيستطيع الدائن أن يرجع أولا على أى مدين مسئول دون تمييز بين مدين ومدين . ويتحقق ذلك فى تضامن المدينين[٦] ، وفى عدم تجزئة الدين[٧] ، وفى الأنابة غير

---

(١) انظر فى أن الدفع بعدم التنفيذ وكذلك الحق فى الحبس لا يدخل فى عداد التأمينات الشخصية ولا فى عداد التأمينات العينية جوسران ٢ فقرة ١٤٦٢ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ١ .

(٣) انظر الجزء الثانى من الوسيط .

(٤) انظر الجزء الأول من الوسيط .

(٥) بودرى وڤال فى الكفالة فقرة ٩٠٩ ص ٤٨١ .

(٦) انظر الجزء الثانى من الوسيط .

(٧) انظر الجزء الثانى من الوسيط .

الكاملة[١] ، وفى الدعوى المباشرة[٢] . وقد سبق بحث كل ذلك فلا نعود إلى بحثه ، وهو على كل حال يعد داخلا فى التأمينات الشخصية .

وقد يكون ضم ذمة إلى ذمة أخرى عبارة عن ضم ذمة تابعة إلى ذمة متبوعة . ويكون ذلك إما بالترتيب أى أن الدائن يرجع أولا على المدين الأصلى ثم على المدين التابع ويتحقق ذلك فى الكفالة العادية ، أو فى وقت واحد فيرجع الدائن على المدين الأصلى أو على المدين التابع أيهما يشاء ويتحقق ذلك فى الكفالة مع تضامن الكفيل مع المدين .

فلا يبقى إذن للبحث هنا ، فى التأمينات الشخصية ، إلا الكفالة ، سواء كان الكفيل غير متضامن مع المدين أو كان متضامناً معه . وعلى ذلك نقتصر فى بحثنا فى هذا القسم على الكفالة ، دون غيرها من التأمينات الشخصية .

١٠ — خطة البحث فى الكفالة : ونجعل بحثنا فى الكفالة فى مقدمة وفصول ثلاثة :

المقدمة — فى تعريف الكفالة وتطورها التاريخى وخصائصها ، وفى الالتزام بتقديم كفيل ، وفيما استحدثه التقنين المدنى الجديد .

والفصل الأول — فى أركان الكفالة .

والفصل الثانى — فى آثار الكفالة .

والفصل الثالث — فى انقضاء الكفالة .

(١) انظر الجزء الثالث من الوسيط .

(٢) انظر الجزء الثانى من الوسيط .

مقدمة (*)

١١ – التعريف بالكفالة – نص قانوني : تنص المادة ٧٧٢ مدني على ما يأتي :

« الكفالة عقد بمقتضاه يكفل شخص تنفيذ التزام ، بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين نفسه »[1] .

(*) مراجع في الكفالة : (Troplong) في الكفالة سنة ١٨٤٦ – بون (Pont) في العقود الصغيرة ٢ فقرة ١ – فقرة ١٥٠ – جيوار في الكفالة – بودري وقال في عقود الغرر والوديعة والكفالة والصلح الطبعة الثالثة سنة ١٩٠٧ – أوبري ورو وإسمان في العقود والمسئولية الجزء السادس الطبعة السادسة سنة ١٩٥١ – بيدان وفواران الجزء الثالث عشر في التأمينات الشخصية والعينية الطبعة الثانية سنة ١٩٤٨ – بلانيول وريبير وساڤاتييه الجزء الحادي عشر الطبعة الثانية سنة ١٩٥٤ – بلانيول وريبير وبولانچيه الجزء الثاني الطبعة الثالثة سنة ١٩٤٩ – كولان وكابيتان ودي لاموراندير الجزء الثاني الطبعة العاشرة سنة ١٩٤٨ – چوسران الجزء الثاني الطبعة الثانية سنة ١٩٣٣ – دي پاچ في القانون المدني البلچيكي الجزء السادس سنة ١٩٤٣ أنسيكلوپيدي داللوز جزء أول سنة ١٩٥١ لفظ cautionnement .

محمد كامل مرسي في العقود المسماة سنة ١٩٤٩ – عبد الفتاح عبد الباقي في التأمينات الشخصية والعينية سنة ١٩٥٠ – محمود جمال الدين زكي دروس في التأمينات الشخصية والعينية سنة ١٩٥٧ – محمد علي إمام في التأمينات الشخصية والعينية – سليمان مرقس في عقد الكفالة سنة ١٩٥٩ – منصور مصطفى منصور في عقد الكفالة سنة ١٩٦٠ .

ملاحظة : الإشارة إلى هذه المراجع تكون باسم المؤلف فقط .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١١٣٣ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٨٤١ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٨٤٠ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٧٧٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٤٢٠ – ص ٤٢٤) .

ويقابل النص في التقنين المدني السابق م ٤٩٥/٦٠٤ : الكفالة عقد به يلتزم إنسان بأداء دين إنسان آخر إذا كان هذا الآخر لا يؤديه . وتجوز الكفالة بالدين بدون علم المدين بها .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٧٣٨ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٧٨١ (مطابق) .

—

ويؤخذ من هذا التعريف(١) أن الكفالة هى عقد بين الكفيل والدائن أما المدين الأصلى فليس طرفاً فى عقد الكفالة ، بل إن كفالة المدين تجوز بغير علم المدين ، وتجوز أيضاً رغم معارضته(٢) . والذى يهم فى الكفالة هو التزام هذا المدين ، إذ أن هذا الالتزام هو الذى يضمنه الكفيل ، فيجب أن يكون مذكوراً فى وضوح ودقة فى عقد الكفالة . وهذا الالتزام المكفول أكثر ما يكون مبلغ من النقود ، وقد يكون إعطاء شىء غير النقود ، كما قد يكون عملا أو امتناعاً عن عمل . فاذا لم يكن الالتزام المكفول مبلغاً من النقود ، ضمن الكفيل ما عسى أن يحكم على المدين الأصلى من تعويض من جراء إخلاله بالالتزام بإعطاء شىء غير النقود ، أو من جراء إخلاله بالالتزام بعمل أو بالامتناع عن عمل(٣) .

فالكفالة إذن تفترض وجود التزام مكفول ، وهذا الالتزام يفترض وجود مدين أصلى به ودائن ، كما تفترض الكفالة وجود عقد بين الكفيل والدائن بالالتزام الأصلى المكفول بموجبه يفى الكفيل بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين الأصلى . فالكفالة ترتب التزاماً شخصياً فى ذمة الكفيل(٤) ، والتزام

— التقنين المدنى العراقى م ١٠٠٨ : الكفالة ضم ذمة إلى ذمة فى المطالبة بتنفيذ التزام . (والتعريف مأخوذ من الفقه الإسلامى : ويتفق فى مجموعه مع تعريف التقنين المدنى المصرى) .

قانون الموجبات والعقود اللبنانى م ١٠٥٣ (موافق) .

(١) انظر فى صدد تعريف الكفالة ما ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٤٢١ – ص ٤٢٣ . هذا والكفيل لا يلتزم التزاما معلقا على شرط واقف هو عدم وفاء المدين الأصلى بالدين ، كما قد يفهم خطأ من التعريف . بل الكفيل يلتزم التزاماً منجزا هو وفاء الدين الأصلى ، ولكن له إذا رجع الدائن عليه قبل أن يرجع على المدين أن يطلب من الدائن تجريد المدين إذا توافرت شروط الدفع بالتجريد ، وسيأتى بيانها (محمد كامل مرسى فقرة ٦ ص ١٥ – ص ١٦ – عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ١٥ ص ٣٢ – محمود جمال الدين زكى فقرة ١٣ ص ٣٤ – محمد على إمام فقرة ١٠ ص ٢٠ – سليمان مرقس فقرة ٤ ص ٥ – منصور مصطفى منصور فقرة ٤ ص ٨)

(٢) انظر م ٧٧٥ مدنى – وانظر ما يلى فقرة ٢٨ .

(٣) انظر ما ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد فى لجنة الأستاذ كامل صدقى وهى اللجنة التى أعدت مشروع الكفالة : مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٤٢١ فى الهامش .

(٤) ومن هنا كانت الكفالة الشخصية هى ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل ، فيصبح –

الكفيل هذا تابع للالتزام الأصلى كما سنرى فى خصائص الكفالة .

أما أن الكفالة ترتب التزاماً شخصياً فى ذمة الكفيل ، فذلك ظاهر من أن الكفالة تعتبر من التأمينات الشخصية كما سبق القول . وعلى ذلك يجب أن يستبعد من نطاق الكفالة المبالغ من النقود أو القيم المنقولة التى تودع ضماناً لدين وتسمى هى أيضاً بالكفالة (cautionnement) ، فهذه إنما هى تأمين عينى (sûreté réelle) . وهى رهن حيازة يضمن فى العادة دين تعويض عن خطأ قد يرتكبه المدين فى أثناء عمله ، كما لو كان المدين صرافاً عاماً أو مقاولا ، وتسرى على هذا التأمين أحكام الرهن الحيازى[1] . كذلك يستبعد من نطاق الكفالة ، وهى تأمين شخصى كما قدمنا ، الكفالة العينية . فالكفيل العينى (caution réelle) يقدم شيئاً مملوكاً له ، عقاراً كان أو منقولا ، رهناً لوفاء دين الغير . والرهن هنا إما أن يكون رهناً حيازياً إذا وقع على عقار أو منقول ، أو رهناً رسمياً إذا وقع على عقار . وفى جميع الأحوال لا يكون الكفيل العينى ملتزماً التزاماً شخصياً بضمان الدين ، بل الذى يضمن الدين هو الرهن الذى قدمه ، أى أن التأمين هنا تأمين عينى لا تأمين شخصى ، ومن أجل هذا نستبعد الكفالة العينية من نطاق الكفالة الشخصية . ولا يكون الكفيل العينى مسئولا شخصياً عن الدين المضمون ، بل الذى يضمن الدين هى العين التى قدمها رهناً ، سواء كان الرهن رهنا رسمياً أو رهناً حيازياً . فإذا انتقلت ملكية العين المرهونة إلى غير الكفيل العينى انتقلت إلى هذا الغير مرهونة فى الدين ، ولا يكون الكفيل العينى مسئولا شخصياً عن الدين كما قدمنا . وإذا تخلى الكفيل العينى عن العين المرهونة للدائن ، أو فقد حيازتها بأى سبب ، فإن كفالته العينية للدين تنتهى ، لأنه غير ملتزم إلا التزاماً عينياً (propter rem) . وهذا بخلاف الكفيل الشخصى ، فإنه يكون ملتزماً شخصياً بوفاء الدين إذا لم يوفه المدين ، وينتقل هذا الالتزام الشخصى فى

= الدائن مدينان بدلا من مدين واحد ، ولا بد أن يكون كل من هذين المدينين معسرا إعسارا تاما حتى يضيع على الدائن حقه (بودرى وڤال فقرة ٩٠٩ ص ٤٨١) .

(١) بودرى وڤال فقرة ٩٠٩ ص ٤٨٢ – وانظر أيضا پون ٢ فقرة ٣ – جيوار فقرة ٣٦ – پلانيول وريپير وساڤاتييه فقرة ١٥٠٩ – چوسران ٢ فقرة ١٤٧٧ – پلانيول وريپير وبولانچيه ٢ فقرة ١٩١٥ – كولان وكاپيتان ٢ فقرة ١٣٨٩ ص ٨٨٩ .

تركته إلى ورثته ، ويكون مسئولا فى جميع أمواله لا فى مال معين بالذات . ولكن لا يكون للدائن فى الكفالة الشخصية إلا الضمان العام لكل دائن فى أموال مدينه ، ولذلك يزاحمه سائر دائنى الكفيل الشخصى ، ولا يتركز الدين فى عين معينة بالذات يكون للدائن فيها حق التقدم وحق التتبع كما تتركز الكفالة العينية[١] .

وأما أن التزام الكفيل الشخصى تابع للالتزام المكفول الأصلى ، فيظهر ذلك فيما إذا التزم المسئول عن دين الغير التزاماً أصلياً لا التزاماً تابعاً ، وعند ذلك لا يكون هذا المسئول كفيلا شخصياً ولا العقد الذى التزم به بعقد كفالة . وعلى ذلك لا يعتبر عقد كفالة ما يأتى[٢] : (١) عقد الإنابة ولو كانت غير كاملة ، فإن المناب يلتزم بدفع دين الغير التزاماً أصلياً لا التزاماً تابعاً ، ولا يستطيع أن يحتج بالدفوع التى يحتج بها المنيب على المناب لديه . (٢) القابل للكمبيالة وموقعوها ، وكلهم ملتزمون التزاماً أصلياً بدفع قيمة الكمبيالة ، ولذلك لا يعتبرون كفلاء .[٣] (٣) المدين المتضامن مع مدينين آخرين ، فإنه يلتزم التزاماً أصلياً بالتضامن مع سائر المدينين ، ولذلك لايعتبر كفيلا لهم[٤] . وهذا بخلاف الكفيل المتضامن مع المدين الأصلى ، فإنه يلتزم التزاماً تابعاً لالتزام المدين الأصلى ولذلك يكون كفيلا له ، وسيأتى الكلام فى الكفيل المتضامن . (٤) الوكيل بالعمولة الذى يضمن يسار العميل (convention ducroire) يلتزم التزاماً أصلياً ، ولذلك لا يعتبر كفيلا للعمل[٥]. (٥) عقد تأمين يسار المدين (assurance crédit) لا يعتبر عقد كفالة ، فإن المؤمن لايضمن يسار المدين ، بل يلتزم التزاماً أصلياً بموجب عقد التأمين ، لا بوفاء دين المدين ذاته ، بل بتعويض الدائن عن

---

(١) بودرى وڤال فقرة ٩٠٩ ص ٤٨١ .

(٢) پلانيول وريپير وساڤاتييه فقرة ١٥١٣ .

(٣) نقض فرنسى ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٢٧ داللوز ١٩٢٩ – ١ – ١٣ .

(٤) بودرى وڤال فقرة ٩١٨ ص ٤٨٥ .

(٥) بودرى وڤال فقرة ٩١٦ ص ٤٨٥ – پلانيول وريپير وساڤاتييه فقرة ١٥١٣ ص ٩٦٨ – وانظر فى إعادة التأمين وفى أن معيد التأمين يعتبر كفيلا بودرى وڤال فقرة ٩١٦ ص ٤٨٥ ، وانظر عكس ذلك وأنه لا يعتبر كفيلا پلانيول وريپير وساڤاتييه فقرة ١٥١٣ ص ٩٦٨ .

الضرر الذى يلحقه من جراء إعسار المدين . (٦) عقد التعهد عن الغير (promesse prour autrui, contrat de porte - fort) لا يعتبر عقد كفالة ، إذ أن المتعهد عن الغير لا يكفل هذا الغير ، بل يلتزم التزاماً أصلياً بالحصول على موافقة الغير أن يلتزم[1] . فإذا ما وافق الغير على أن يلتزم ، فقد قام المتعهد بالتزامه ، ولا يكفل بعد ذلك يسار الغير[2] ، ولذلك لا يعد كفيلا له[3] .

١٢ — **التطور التاريخى للكفالة** : لم تكن الكفالة تتميز ، فى أول عهود القانون الرومانى ، عن التضامن فى المديونية . فقد بدأ الكفيل يكون مديناً متضامناً مع المدين الأصلى ، ولم يكن يوجد لكل من الكفالة والتضامن إلا شكل واحد (sponsio) يلتزم به كل من الكفيل والمدين المتضامن . فلم تكن الكفالة عند ذاك تتميز عن التضامن ، بل كانت هى والتضامن شيئاً واحداً ، وكان الكفيل مديناً متضامناً مع المدين الأصلى .

ثم بدأت الكفالة تتميز شيئاً فشيئاً فى القانون الرومانى ، وعرف هذا القانون أنواعاً ثلاثة من الكفالة : fidejussio, fidepromissio, sponsio : فكان من يلتزم فى هذه الأنواع الثلاثة كفيلا للمدين ، ولكنه فى النوعين

---

(١) أوبرى ورو ٦ فقرة ٤٢٣ ص ٢٧٠ – ويجوز التعهد عن الغير فى تنفيذ التزام طبيعى أو فى التزام قابل للإبطال ليس من النظام العام (أوبرى ورو فقرة ٤٢٣ ص ٢٧٠ هامش ٦) .

(٢) ومع ذلك قد يقرن المتعهد عن الغير تعهده بكفالة الغير فى تنفيذ التزامه عندما يقبل هذا أن يلتزم : بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٩٢٧ – محمد كامل مرسى فقرة ١٥ – عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ١٩ ص ٤١ .

(٣) بودرى وفال فقرة ٩١٧ – وعلى العكس من ذلك ، يعتبر وكيل النقل بالعمولة (commissionnaile de transport) كفيلا لأمين النقل ، والضامن الاحتياطى للكمبيالة (aval) يعتبر كذلك كفيلا ، ويعتبر المشترى البضائع كفيلا للبائع فيما يطلبه المشترى من المصرف لفتح حساب لبائعه (erédit confirmé) ، لأن كلا من هؤلاء يلتزم التزاماً تابعاً لالتزام الأصيل (انظر فى هذا المعنى بلانيول وريبير وساڤاتييه فقرة ١٥١٤) .

وقاضى الموضوع هو الذى يبت فيما إذا كان الالتزام التزاماً أصلياً فلا يعتبر الملتزم كفيلا ، أو التزاماً تابعاً فيعتبر كفيلا (نقض فرنسى ٢٨ نوفبر سنة ١٨٩٢ داللوز ١٨٩٣ – ١ – ١١٧ – بلانيول وريبير وساڤاتييه فقرة ١٥١٥) .

الأولين كان يلتزم التزاماً أصلياً مستقلا عن التزام المدين ، وفى النوع الثالث يلتزم التزاماً تابعاً ولكنه يبقى متضامناً مع المدين[١] .

ثم عرف القانون البريطورى نوعاً جديداً لكفالة الغير هو (pacte de constituant) constitutum debiti alieni يلتزم بموجبه الكفيل بدفع دين فى ذمة الغير . فإذا كان الدين المترتب فى ذمة الغير ديناً موجوداً ، وكانت نية الكفيل هى أن يكفل وفاء هذا الدين ، فقد كانت هذه هى الكفالة ، نشأت فى القانون الرومانى على هذا الوجه .

وكذلك كان الأمر فى القانون الفرنسى القديم ، إذ اختلطت فى أول عهود هذا القانون الكفالة بالتضامن فى المديونية . وبقيت الحال كذلك حتى بدأت الكفالة تتميز شيئاً فشيئاً عن المديونية بالتضامن ، وأصبح الكفيل يضمن ديناً فى ذمة الغير[٢] .

---

(١) مونييه ٢ فقرة ٢٢٣ وما بعدها – پلانيول وريپير وبولانچيه ٢ فقرة ١٩١٦ – وكذلك كان الكفيل فى الفقه الإسلامى متضامنا مع المدين الأصلى ، وللدائن أن يرجع على أيهما شاء . وقد نصت المادة ٦٤٤ من المجلة على أن « الطالب مخير فى المطالبة ، إن شاء طالب الأصيل وإن شاء طالب الكفيل . ومطالبته أحدهما لا تسقط من مطالبته الآخر ، وبعد مطالبته أحدهما له أن يطالب الآخر ويطالبهما معاً » . انظر فى أن الكفالة هى التى جعلت أساساً للتضامن السلبى فى الفقه الإسلامى ، وساعد على ذلك أن الكفيل لا يملك حق التجريد فى هذا الفقه فللدائن أن يطالب بالدين أيا شاء المدين الأصلى أو الكفيل فتمشت أحكام الكفالة على هذا النحو مع أحكام التضامن إلى مدى بعيد ، أما تاريخ الكفالة فى الفقه الغربى فهو على العكس من ذلك إذ التضامن هو الذى وجد أولا وكان أساساً للكفالة ، ثم تميز الكفيل بعد ذلك عن المدين المتضامن حتى كسب فى النهاية حق التجريد : الوسيط ٣ فقرة ١٥٠ ص ٢٣٥ هامش ١ .

وقد منعت الزوجة من كفالة زوجها فى القانون الرومانى (sénatusconsulta Velléien) ، وبقى عدم أهلية الزوجة لكفالة زوجها يلعب دوراً كبيراً فى القانون الفرنسى القديم ، فى بلاد القانون المكتوب بل وفى بلاد العرف ، حتى ألغى فى سنة ١٦٠٦ ، وبقى ملغى منذ ذلك الوقت (كولان وكاپيتان ٢ فقرة ١٣٩٠)

(٢) ه ربو فى المجلة التاريخية الجديدة للقانون سنة ١٨٨٢ ص ٢٢٣ وما بعدها – چيراردان فى المجلة التاريخية الجديدة للقانون سنة ١٨٨٤ ص ٢٣٩ وما بعدها – فورنييه فى المجلة الانتقادية ١٥ سنة ١٨٨٦ ص ٦٩٧ فقرة ٥ وص ٧٠٠ فقرة ٨ – بودان فى المجلة الانتقادية ١٣ سنة ١٨٦٦ ص ٢١١ – وانظر بودر وڤال فقرة ٩١٠ – فقرة ٩١١ .

١٣ — خصائص عقد الكفالة : أهم خصائص عقد الكفالة ما يأتى

١ — عقد الكفالة عقد رضائى ، ينعقد بمجرد التراضى ما بين الكفيل والدائن . فلاحاجة فى انعقاده إلى شكل خاص . وإذا كانت المادة ٧٧٣ مدنى تنص على أنه « لا تثبت الكفالة إلا بالكتابة » ، فالكتابة ليست ضرورية إلا للإثبات كما سيأتى . فهى ليست ضرورية لانعقاد الكفالة ، بل تنعقد الكفالة بمجرد التراضى كما قدمنا ، وتثبت بالكتابة أو بالإقرار أو باليمين . ولو كانت الكفالة عقداً شكلياً لا تنعقد إلا بالكتابة ، لما انعقدت إذا لم توجد الكتابة ، ولما جاز إثباتها بالإقرار أو باليمين لأن غير المنعقد لا يجوز إثباته أصلا .

٢ — وعقد الكفالة عقد ملزم لجانب واحد ، هو جانب الكفيل . فالكفيل وحده هو الذى يلتزم بعقد الكفالة بوفاء الدين للدائن إن لم يف به المدين الأصلى ، أما الدائن فلا يلتزم عادة بشىء نحو الكفيل[١] . وهذا هو الأصل . ولكن ذلك لا يمنع من أن تكون الكفالة عقداً ملزماً للجانبين إذا التزم الدائن نحو الكفيل بدفع مقابل فى نظير كفالته للدين ، فيصبح كل من الكفيل والدائن ملتزماً نحو الآخر ، ويكون عقد الكفالة فى هذه الحالة ملزماً للجانبين.

وإذا كان المدين هو الذى يلتزم بدفع مقابل للكفيل كما يقع أحياناً ، وبخاصة إذا كان أحد المصارف هو الذى يقدم كتاب ضمان للمدين فيكون كفيلا له ويتقاضى أجراً على كفالته ، فإن الكفالة تبقى مع ذلك عقداً ملزماً

---

(١) ويذهب الأستاذ سليمان مرقس إلى أن الكفالة أصبحت فى التقنين المدنى الجديد عقداً ملزماً للجانبين ، ويستدل على ذلك بأن هذا التقنين فرض على الدائن أن يتخذ إجراءات مطالبة المدين بالدين فى الوقت المناسب . ولا نرى أن هذا التزام ترتب فى ذمة الدائن من شأنه أن يجعل الكفالة ملزمة للجانبين ، وإلا لوجب القول أيضاً بأن هناك التزاماً فى جانب الدائن بالمحافظة على التأمينات (م ٧٨٤ مدنى) وبالتقدم فى تفليسة المدين ((م ٧٨٦ مدنى) . وإنما هذه شروط وضعها التقنين المدنى وأوجب على الدائن مراعاتها حتى يستطيع استيفاء الدين كاملا من الكفيل ، ومعنى ذلك أن الكفالة تلزم بوفاء الدين إذا لم يوفه المدين ، ولكن بشرط أن يتخذ الدائن الاحتياطات اللازمة حتى لا يضيع على الكفيل حقه فى الرجوع على المدين ؛ ومن هذه الاحتياطات اتخاذ إجراءات مطالبة المدين فى الوقت المناسب ، والمحافظة على التأمينات ، والتقدم فى تفليسة المدين .

لجانب واحد لأن المدين ليس بطرف فى الكفالة . بل طرفا الكفالة هما الكفيل والدائن . والكفيل وحده دون الدائن هو الملتزم . ولكن ذلك يجعل الكفيل مأجوراً والكفالة عقد معاوضة لا عقد تبرع . لأن الكفيل متى أخذ أجراً ولو بغير موجب عقد الكفالة يكون مأجوراً .

وإذا كان الأصل أن الكفالة عقد ملزم لجانب واحد . فليس ذلك معناه أن الكفالة إرادة منفردة تصدر من جانب واحد . بل الكفالة عقد لايتم إلا بتبادل إرادتين متطابقتين من الكفيل والدائن . ولا يتم بارادة الكفيل وحده ولو أن الكفالة لمصلحة الدائن . فإذا أوجب الكفيل الكفالة ، وكان الإيجاب غير ملزم ، كان للكفيل أن يرجع فى إيجابه قبل صدور القبول من الدائن [١].

٣ - والكفالة فى العادة عقد تبرعى بالنسبة إلى الكفيل ، فالكفيل يتبرع عادة بكفالته للدين [٢] . أما بالنسبة إلى الدائن المكفول فالكفالة عقد معاوضة. لأن الدائن حصل على كفالة فى مقابل إعطاء الدين [٣] . وإذا كان الدائن قد أعطى الدين للمدين لا للكفيل والمدين ليس طرفاً فى عقد الكفالة ، فإنه ليس من الضرورى فى عقود المعاوضة أن يكون العوض قد أعطى لأحد المتعاقدين ، بل يكفى إعطاؤه للغير وهو هنا المدين . والعقد الواحد قد يكون معاوضة بالنسبة إلى أحد المتعاقدين وتبرعاً بالنسبة إلى المتعاقد الآخر ، كما أن التبرع لا يشترط فيه أن يكون المتبرع قد تبرع للمتعاقد الآخر [٤] . وعقد الكفالة

---

(١) بودرى وقال فقرة ٩١٣ .

(٢) بودرى وڤال فقرة ٩١٥ - وتنص المادة ١٠٦٧ من قانون الموجبات والعقود اللبنانى على أن « الكفالة مجانية بطبيعتها ، ما لم يكن هناك نص مخالف » . ولكن ليس هناك ما يمنع من أن يشترط الكفيل أجرا على كفالته يقابل ما يتعرض له من أخطار بسبب الكفالة ، وذلك كالمصرف يتقاضى من المدين عمولة حتى يكفله ، ويختلف هذا عن التأمين الذى يتقدم به المؤمن للدائن (del credre) ، يؤمن به يسار المدين ، فإن المؤمن لا يكفل المدين هنا ولكنه يلتزم التزاماً أصلياً بالتأمين عليه (أوبرى ورو ٦ فقرة ٤٢٣ ص ٢٧٢ - ص ٢٧٣) .

(٣) الوسيط ١ فقرة ٥٨ - وهناك رأى يذهب إلى أن الدائن لم يحصل من الكفيل على شىء ، غير استيثاقه من الوفاء بما هو مستحق له . ولكن هذا الرأى يغفل ما حصل عليه الدائن دون مقابل من الكفيل ، إذ أنه ضم ذمة الكفيل إلى ذمة المدين للوفاء بالدين .

(٤) الوسيط ١ فقرة ٥٨ .

هو المثل على ذلك . فهو عادة عقد تبرع بالنسبة إلى الكفيل ، والكفيل لم يتبرع للطرف الآخر أى للدائن ، بل تبرع للغير وهو المدين . وهو عقد معاوضة بالنسبة إلى الدائن ، والدائن لم يعط الدين للطرف الآخر وهو الكفيل، بل أعطاه للغير وهو المدين .

هذا وقد تكون الكفالة عقد معاوضة بالنسبة إلى الكفيل نفسه ، فيأخذ هذا مقابلا لكفالته الدين[1] . وهذا المقابل إما أن يأخذه من الدائن المتعاقد معه فيكون العوض مأخوذاً من المتعاقد الآخر وهو الدائن[2] ، أو يأخذه من المدين فيكون العوض مأخوذاً من الغير وهو المدين .

ولكن الصورة المألوفة للكفالة هي أن تكون عقداً تبرعياً بالنسبة إلى الكفيل ، لأن هذا لا يأخذ عادة مقابلا لكفالته الدين لا من الدائن ولا من المدين . وعلى ذلك يشترط فى الكفيل عادة أهلية التبرع ، كما يجوز الطعن فى الكفالة بالدعوى البولصية دون أن يشترط تواطؤ الكفيل لا مع الدائن ولا مع المدين .

٤ — والكفالة عقد تابع ، إذ أن التزام الكفيل يعتبر حتماً تابعاً لالتزام المدين الأصلى[3] . أما إذا التزم المسئول عن دين الغير التزاماً أصلياً لا التزاماً تابعاً ، فإنه لا يكون كفيلا بل يكون مديناً أصلياً التزامه مستقل عن التزام

---

(١) أوبرى ورو ٦ فقرة ٤٢٣ ص ٢١٨ — بودرى وڤال فقرة ٩١٥ — پلانيول وريپير وساڤاتييه فقرة ١٥١٢ ص ٩٦٧ — نقض فرنسى ٢ مايه سنة ١٩٠٦ سيريه ١٩٠٨ — ١ — ٢٨٦ .

(٢) ولكن الدائن هنا إنما يحصل على تأمين (assurance) من الكفيل بأن المدين موسر ، فإذا أعسر المدين دفع الكفيل تعويضاً للدائن عن هذا الإعسار فلا يكون العقد عند كفالة بل عقد تأمين (انظر فى هذا المعنى پلانيول وريپير وساڤاتييه فقرة ١٥١٣ — ٢ — بيدان وڤواران ١٣ فقرة ٨٢ — چوسران ٢ فقرة ١٤٨٠ ص ٨٠٤ — أنسيكلوپيدى داللوز ١ لفظ (cautionnement) فقرة ١٣ — محمد كامل مرسى فقرة ١٠١ ص ٢١ — سليمان مرقس فقرة ٥ ص ٧ — وقارن منصور مصطفى منصور فقرة ٧ ص ١٥ .

(٣) استئناف وطنى ٢ أبريل سنة ١٨٩٦ القضاء ٣ ص ٣٤٢ — بيدان وڤواران ١٣ فقرة ٨٤ وما بعدها .

المدين(١) . ويتفرع عن أن التزام الكفيل التزام تابع لالتزام المدين الأصلى(٢)، أن الالتزام الأول لا يجوز أن يزيد على الالتزام الآخر ، أو أن يكون أشد عبئاً ، أو أن يبقى قائماً بعده . كذلك لا يجوز أن يكون التزام الكفيل منجزاً إذا كان التزام المدين الأصلى معلقاً على شرط أو مقترناً بأجل(٣) ، ولا منتجاً لفوائد إذا كان التزام المدين الأصلى لا ينتج فوائد ما(٤) . ويتبع التزام المدين

---

(١) انظر آنفاً فقرة ١١ – ولذلك لا تعتبر الكفالة بالنفس كفالة حقيقية ، بل إن الكفيل بالنفس يلتزم التزاماً أصلياً بعمل معين هو إحضار المدين يوم حلول أجل الدين . ويرتب القانون ، على عدم إحضار الكفيل بالنفس المدين يوم حلول أجل الدين ، إلزامه بالدين . وتنص المادة ٥٠٨ / ٦٢٠ – ٦٢١ من التقنين المدنى السابق فى هذا المعنى على ما يأتى : « من تكفل بإحضار المدين يوم حلول أجل الدين ولم يحضره فى الميعاد ، كان ملزماً بالدين . وإذا حضر المدين المذكور ، برئ كفيله » . وهذا النص مأخوذ من الشريعة الإسلامية ، وقد نصت المادة ٦٥١ من المجلة على ما يأتى : لو كفل أحد بنفس شخص على أن يحضره فى الوقت الفلانى ، وإن لم يحضره فى الوقت المذكور فعليه أداء دينه ، فإذا لم يحضره فى الوقت المعين المذكور يلزمه أداء ذلك الدين . وإذا توفى الكفيل ، فإن سلمت الورثة المكفول به إلى الوقت أو سلم المكفول به نفسه من جهة الكفالة لا يترتب على طرف الكفيل شيء من المال ، وإن لم يسلم الورثة المكفول به أو هو لم يسلم نفسه يلزم أداء المال من تركة الكفيل . ولو مات المكفول له ، طالبه وارثه . ولو أحضر الكفيل المكفول به فى ذلك الوقت واختفى المكفول له أو تغيب ، راجع الكفيل الحاكم على أن ينصب وكيلا عوضاً عنه ويسلمه » . وانظر فى الكفيل بالنفس المواد ١٠١٧ – ١٠١٩ من التقنين المدنى العراقى – وانظر فى كفالة حضور المدين المواد ١٠٩٨ – ١١٠٥ من قانون الموجبات والعقود اللبنانى .

(٢) حتى لو كان الكفيل متضامناً مع المدين ، فإنه يبقى مع ذلك كفيلا (أوبرى ورو ٦ فقرة ٤٣٣ ص ٢٧١) .

(٣) وقد ورد فى التقنين المدنى العراقى فى هذا الصدد المادتان الآتيتان : م ١٠١٣ : ١ – إذا كان الدين مؤجلا على الأصيل وكفل به أحد ، تأجل على الكفيل أيضاً . ٢ – وإذا أجل الدائن الدين على الأصيل ، تأجل على الكفيل وكفيل الكفيل . وإن أجله على الكفيل الأول تأجل على الكفيل الثانى ، ولا يتأجل على الأصيل . م ١٠١٤ : إذا تكفل الكفيل بالدين الحال كفالة مؤجلة ، تأجيل على الكفيل والأصيل ، إلا إذا أضاف الكفيل الأجل إلى نفسه أو اشترط الدائن وقت الكفالة الأجل للكفيل خاصة ، فنى هاتين الحالتين لا يتأجل على الأصيل .

(٤) أوبرى ورو ٦ فقرة ٤٢٣ ص ٢٦٩ – بودرى وقال فقرة ٦٩٤ – بلانيول وريبير وساقاتييه فقرة ١٥١٠ – وإذا كان التزام الكفيل أزيد أو أشد عبئا من التزام المدين الأصلى لم يكن باطلا لذلك ، بل يجب إنقاصه حتى يكون معادلا لالتزام المدين الأصلى ، فلا يكون أزيد منه ولا أشد عبئاً (أوبرى ورو ٦ فقرة ٤٢٣ ص ٢٦٩) . ومطالبة المدين =

الأصلى فى صحته وفى بطلانه ، وفى قابليته للفسخ ، وفى الدفوع التى يدفع بها الدين – ولكن يجوز للكفيل أن يلتزم التزاماً أخف عبئاً من التزام المدين الأصلى ، فيكفل مثلا جزءاً من الدين . وكذلك لا يكفل الكفيل ما زاد فى عبء الدين الأصلى بعد الكفالة بإرادة المدين الأصلى . أو بسبب خطئه[1] .

١٤ – الالتزام بتقديم كفيل – نص قانونى : تنص المادة ٧٧٤ مدنى على ما يأتى :

« إذا التزم المدين بتقديم كفيل ، وجب أن يقدم شخصاً موسراً ومقيماً فى مصر ، وله أن يقدم عوضاً عن الكفيل تأميناً عينياً كافياً[2] » .

= الأصلى بالفوائد تجعلها تسرى ضد الكفيل ، ولكن مطالبة الكفيل بالفوائد لا يجعلها تسرى ضد المدين الأصلى (بودرى وفال فقرة ١٠٠٩ ص ٥٤٠ وفقرة ١٠١٠) .

(١) بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥١٠ ص ٩٦٦ – ولا شىء يمنع من أن يكون لالتزام الكفيل أجل فاسخ خاص أطول من أجل الالتزام الأصلى (أوبرى ورو ٦ فقرة ٤٢٣ ص ٢٦٩ وهامش ٤ (٢) – ويكفى أن يثبت الدين ضد المدين الأصلى حتى يكون ثابتاً ضد الكفيل فيستفيد الكفيل إذن من كل تسوية تنقص الدين الأصلى ، ويضار من كل تسوية ضد المدين (نقض فرنسى ٦ يوليه سنة ١٩١٩ داللوز ١٩٢٣ – ١ – ١١٢ – بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥١ ص ٩٦٦) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١١٤١ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « إذا التزم المدين بتقديم كفيل ، وجب أن يقدم شخصا مقيما فى مصر ولديه من الأموال ما يكفى للوفاء بالالتزام » ، وفى المادة ١١٤١ مكررة من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ويقدر يسار الكفيل بما يملك من مال ، إلا فى المواد التجارية وفى الديون اليسيرة » ، وفى المادة ١١٤٢ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « من التزم بتقديم تأمين بصفة عامة ، جاز له بحسب اختياره أن يقدم كفيلا أو رهن حيازة أو أى تأمين آخر » . وفى لجنة المراجعة أدمجت أحكام المواد الثلاث فى مادة واحدة بالنص الآتى : « إذا التزم المدين بتقديم كفيل ، وجب أن يقدم شخصا موسرا مقيما فى مصر ، وله أن يقدم عوضا عن الكفيل تأمينا عينيا كافيا » ، وأصبح رقم النص ٨٤٣ فى المشروع النهائى . وفى مجلس النواب حذفت عبارة « مقيما فى مصر » وأرجع هذا الحذف إلى أن اشتباك العلاقات التجارية الدولية يصح معه ألا يكون الكفيل مقيما فى مصر ، ولكن قد تكون له أموال فيها يجوز التنفيذ عليها ، ووافق المجلس على النص بعد هذا الحذف ، تحت رقم ٨٤٢ . ووافقت عليه لجنة مجلس الشيوخ ، تحت رقم ٧٧٤ مدنى . ثم عادت اللجنة وأخذت باقتراح بعض مستشارى محكمة النقض من اشتراط أن يكون الكفيل مقيما فى مصر كما ورد فى مشروع الحكومة ، لأن ذلك أكثر رعاية لمصلحة الدائن . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٤٢٩ –

ويخلص من هذا النص أن المدين قد يكون ملزماً بتقديم كفيل ، فعليه أن يقدم كفيلا توافرت فيه شروط معينة . ومصادر التزام المدين بتقديم كفيل ثلاثة : القانون والقضاء والاتفاق .

فيكون المدين ملزماً بتقديم كفيل بحكم القانون فى الأحوال التى ينص فيها القانون على ذلك . ومن الاحوال التى نص فيها القانون على وجوب أن يقدم المدين كفيلا ما نصت عليه المادة ١/٩٩٢ مدنى من أنه « إذا كان المال المقرر عليه حق الانتفاع منقولا ، وجب جرده ، ولزم المنتفع تقديم كفالة به » . كذلك يجب على صاحب حق الاستعمال فى المنقول أن يجرد هذا المنقول ، وأن يقدم كفالة (م ٩٩٨ مدنى) . ونصت المادة ٢/٢٧٣ مدنى أنه « إذا سقط حق المدين فى الأصل ... أضعف بفعله إلى حد كبير ما أعطى الدائن من تأمين خاص ، ولو كان هذا التأمين قد أعطى بعقد لاحق أو بمقتضى القانون ، هذا ما لم يؤثر الدائن أن يطالب بتكملة التأمين . أما إذا كان إضعاف التأمين يرجع إلى سبب لا دخل لإرادة المدين فيه . فإن الأجل يسقط ما لم يقدم المدين للدائن ضماناً كافياً » . ونصت المادة ٧٤ ١٠ مدنى على أنه « إذا كان الالتزام مقترناً بأجل وقف ، فإنه لا يكون نافذاً إلا فى الوقت الذى ينقض فيه الأجل . على أنه يجوز للدائن ، حتى قبل انقضاء الأجل ، أن يتخذ من الإجراءات ما يحافظ به على حقوقه ، وله بوجه خاص

= ويقابل النص فى التقنين المدنى السابق م ٦١١/٥٠١ : يجب إيفاء التعهد بإعطاء الكفيل على حسب الأوجه المبينة فى قانون المرافعات .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٧٤٠ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٧٨٣ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى لا مقابل .

قانون الموجبات والعقود اللبنانى م ١٠٦٨ : إذا أصبح الكفيل الذى قبله الدائن بمقتضى العقد غير ملئ ، وجب أن يقدم له كفيل آخر أو أن يعطى تأمينا آخر معادلا للكفالة – وإلا حق للدائن أن يطالب بإيفاء دينه حالا أو أن يفسخ العقد الذى عقده على هذا الشرط . أما إذا أصبحت ملاءمة الكفيل غير كافية ، فيجب تقديم كفالة أو تأمين إضافيين – ولا تسرى هذه الأحكام : (أولا) إذا كانت الكفالة قد أعطيت على غير علم من المديون أو بالرغم عنه (ثانيا) إذا كانت الكفالة قد أعطيت بمقتضى اتفاق عين فيه الدائن شخص الكفيل .

أن يطالب بتأمين إذا خشى إفلاس المدين أو إعساره واستند فى ذلك إلى سبب معقول » . ونصت المادة ٢/٤٥٧ و ٣ مدنى على ما يأتى : « ٢ — فإذا تعرض أحد للمشترى مستنداً إلى حق سابق على البيع أو آيل من البائع ، أو إذا خيف على المبيع أن ينزع من يد المشترى ، جاز له ما لم يمنعه شرط فى العقد أن يحبس الثمن حتى ينقطع التعرض أو يزول الخطر . ومع ذلك يجوز للبائع فى هذه الحالة أن يطالب باستيفاء الثمن على أن يقدم كفيلا . ٣ — ويسرى حكم الفقرة السابقة فى حالة ما إذا كشف المشترى عيباً فى المبيع » . ونصت المادة ٤٦٧ مرافعات على أن « النفاذ المعجل واجب بقوة القانون للأحكام الصادرة فى المواد التجارية سواء أكانت قابلة للمعارضة أم للاستئناف أم طعن فيها بهاتين الطريقتين ، وذلك بشرط تقديم كفالة[1] » .

ويكون المدين ملزماً بتقديم كفيل بموجب حكم قضائى فى أحوال معينة نص عليها القانون . من ذلك ما نصت عليه المادة ٤٦٩ مرافعات من أنه « يجب الأمر بالنفاذ المعجل رغم قابلية الحكم للاستئناف أو الطعن فيه بهذه الطريقة ، مع الكفالة أو بدونها ، فى الأحوال الآتية : (١) إخراج المستأجر الذى انتهى عقده أو فسخ . (٢) إخراج شاغل العقار الذى لا سند له إذا كان ملك المدعى أو حقه غير مجحود أو ثابتاً بسند رسمى . (٣) إجراء الإصلاحات العاجلة . (٤) تقدير نفقة وقتية أو نفقة واجبة . (٥) أداء أجور الخدم أو الصناع أو العمال أو مرتبات المستخدمين . ويجوز فى هذه الأحوال أن تأمر المحكمة بالنفاذ المعجل بكفالة أو بدونها ، رغم قابلية الحكم للمعارضة أو الطعن فيه بهذه الطريقة » . وغنى عن البيان أنه إذا حكم القاضى بتقديم كفالة ، كان مصدر هذا الالتزام هو حكم القاضى ، لأن هذا الأخير كان يستطيع ألا يحكم بكفالة . وقضت المادة ٤٧٠ مرافعات على أنه « يجوز الأمر بالنفاذ المعجل ، بكفالة أو بدونها ، سواء أكان الحكم قابلا للمعارضة أم للاستئناف أم طعن فيه بهاتين الطريقتين ، فى الأحوال الآتية : (١) إذا كان الحكم مبنياً على سند عرفى لم يجحده المحكوم عليه . (٢) إذا كان الحكم صادراً فى

(١) انظر أيضاً المواد ٥٨٨ و٦٠٥ و٦٠٨ و٨٩٥ و١٠١٠ مدنى ، والمادتين ٥٩٥ و٦٦٩ مرافعات .

دعاوى الحيازة . (٣) إذا كان الحكم صادراً لمصلحة طالب التنفيذ فى منازعة متعلقة به »[١] . وما قيل فى المادة السابقة يقال هنا[٢].

ويكون المدين ملزماً بتقديم كفيل إذا اتفق مع الدائن على أن يقدم له كفيلا بالدين ، وعند ذلك يكون مصدر التزام المدين بتقديم الكفيل هو الاتفاق[٣] .

وسواء كان مصدر التزام المدين بتقديم الكفيل هو القانون أو القضاء أو الاتفاق ، فإن المدين يكون ملزماً بتقديم هذا الكفيل ليكفل الدين الذى عليه للدائن . ويشترط القانون فى الكفيل شرطين ، نصت عليهما المادة ٧٧٤ مدنى سالفة الذكر إذ تقول : « إذا التزم المدين بتقديم كفيل ، وجب أن يقدم شخصاً موسراً ومقيماً فى مصر ... »[٤] . فالشرطان هما :

١ – يسار الكفيل : يجب أن يكون الكفيل موسراً ، أى قادراً على الوفاء بالدين الذى كفله إذا اقتضت الحالة ذلك . والمدين الذى قدم الكفيل هو الذى يحمل عبء إثبات يساره[٥] ، فيثبت أن للكفيل مالا ولو شائعاً ، عقاراً أو منقولا أو كليهما ، يستطيع أن يستوفى منه الدائن حقه . وللدائن أن يثبت[٦] أن هذا المال أو بعضه متنازع فيه أو يصعب التنفيذ عليه لبعده أو لسهولة تهريبه أو سهولة إخفائه أو لأى سبب آخر ، فيستبعد من مال الكفيل

---

(١) ويلاحظ أن القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ قد ألغى المعارضة كطريق طعن فى الأحكام . ثم صدر أخيراً تقنين مرافعات جديد فى الوقت الذى انتهينا فيه من كتابة هذه السطور ، فيبحث فى هذا التقنين ما يقابل الأحكام التى أوردناها .

(٢) انظر آنفاً م ٢/٨٢٩ مدنى وم ٢/٩٠٠ مدنى .

(٣) ولا يصبح الالتزام بتقديم كفيل التزاما قضائيا لمجرد أن حكم بتقديم كفيل كان المدين ملتزما بتقديمه التزاما اتفاقيا أو التزاما قانونيا (أوبرى ورو ٦ فقرة ٤٢٥ ص ٢٧٥ – ص ٢٧٦ – بلانيول وريبير وساڤاتييه فقره ١٥٢١ ص ٩٧٣ هامش ٨) .

(٤) وفى الكفيل الاتفاقى ، أى الذى يكون مصدر الالتزام بتقديمه هو الاتفاق ، يجوز للطرفين أن يزيدا فى هذين الشرطين أو أن ينتقصا منهما ، بحسب ما يتم بينهما من اتفاق .

(٥) بودرى وڤال فقرة ٩٨٠ – بلانيول وريبير وساڤاتييه فقرة ١٥٢٤ .

(٦) ويقع هنا عبء الإثبات على الدائن (بودرى وڤال فقرة ٩٨٠ – أنسيكلوبيدى داللوز ١ لفظ cautionnement فقرة ٨٤) . والنزاع فى يسار الكفيل وأن عنده مالا كافيا بعد خصم ما يثقل هذا المال من حقوق عينية نزاع يدور بين المدين والدائن ، ولا شأن للكفيل نفسه به ، بل ليس للكفيل أن يتدخل فى هذا النزاع (بودرى وڤال فقرة ٩٨١)

الذى يضمن المدين[١] . كذلك إذا كان المال مرهوناً أو مثقلا بحق عينى آخر كحق انتفاع ، وجب أن يستبعد من قيمته ما ثقل به من رهن أو انتفاع أو غير ذلك[٢] . والتقنين المدنى الفرنسى (م ٢٠١٩) يشترط أن يكون مال الكفيل الذى يثبت يساره عقاراً لا منقولا ، ما لم يكن الدين المكفول ديناً تجارياً أو ما لم يقدر قاضى الموضوع أن الدين المكفول دين زهيد (modique) فيصح أن يكون مال الكفيل منقولا[٣] . ولم يشترط التقنين المدنى المصرى هذا الشرط ، وخيراً فعل ، فيصح أن يكون مال الكفيل منقولا ، كأن يكون أسهماً أو سندات أو قيماً منقولة أخرى أو منقولا ذا قيمة كمجوهرات أو حلى أو غير ذلك .

٢ — إقامة الكفيل فى مصر : والشرط الثانى فى الكفيل أن يكون مقيماً فى مصر ، حتى تسهل مقاضاته عند الاقتضاء . وليس يلزم أن يكون مقيماً فى موطن المدين كما يشترط التقنين المدنى الفرنسى[٤] ، بل يكفى أن يكون مقيماً فى أى مكان فى مصر[٥] . وشرط إقامة الكفيل فى مصر كاف ، ولا يشترط بعد ذلك أن يكون الكفيل مصرى الجنسية بل يصح أن يكون أجنبياً ما دام مقيماً فى مصر . كما لا يشترط فى الكفيل أن يكون متوافراً

---

(١) وقاضى الموضوع هو الذى يبت فى ذلك (بودرى وڤال فقرة ٩٧٨ — پلانيول وريپير وساڤاتييه فقرة ١٥٢٣ ص ٩٧٥) . ويلحق بالمال المتنازع فيه المال المهدد أن تفسخ ملكية الكفيل له (بودرى وڤال فقرة ٩٧٨ ص ٥٢٥) .

(٢) أوبرى ورو ٦ فقرة ٤٢٥ ص ٢٢٢ — بودرى وڤال فقرة ٩٧٩ — پلانيول وريپير وساڤاتييه فقرة ١٥٢٣ ص ٩٧٥ — ويكفى أن يكون لدى الكفيل مال كاف ، فلا يلزم أن يرتب الدائن رهنا على هذا المال (بودرى وڤال فقرة ٩٧٩ — پلانيول وريپير وساڤاتييه فقرة ١٥٢٣ ص ٩٧٥) .

(٣) أوبرى ورو ٦ فقرة ٤٢٥ ص ٢٢١ — بودرى وڤال فقرة ٩٧٥ وفقرة ٩٧٧ — ولكن لما كان من الجائز أن يحل محل الكفالة أى تأمين خاص آخر ولو كان منقولا ، فإنه يصح أن يتقدم شخص منقولا كرهن حيازة بدلا من أن يتقدم هو نفسه كفيلا (پلانيول وريپير وساڤاتييه فقرة ١٥٢٣ ص ٩٧٤ — ص ٩٧٥) .

(٤) انظر م ٢٠١٨ و ٢٠٤٠ — ٢٠٤١ مدنى فرنسى . وانظر بودرى وڤال فقرة ٩٧٢ — پلانيول وريپير وساڤاتييه فقرة ١٥٢٢ .

(٥) لذلك يكفى أن يكون للكفيل موطن مختار فى مصر يمكن للدائن أن يعتمد عليه فيما ينشأ عن الكفالة من علاقات (سليمان مرقس فقرة ١٥ ص ١٧ — وانظر بيدان وڤوارا ن فقرة ٦٨) .

على حسن السمعة أو عدم الميل إلى الخصومة والتقاضى[١] ، ما لم يتفق المدين الملتزم بتقديم الكفيل مع الدائن على ذلك إذا كان مصدر الالتزام هو الاتفاق .

فإذا توافر فى الشخص هذان الشرطان ، صح للمدين تقديمه كفيلا . ويجب أن يستمر الكفيل متوافراً على هذين الشرطين ما دامت الكفالة قائمة : فإذا تخلف كلا الشرطين أو شرط منهما بعد تقديم الكفيل وفى المدة التى تبقى فيها الكفالة قائمة ، بأن أعسر الكفيل بعد يسار أو نقل محل إقامته خارج مصر ، وجب على المدين تقديم كفيل آخر يحل محله ويكون هذان الشرطان متوافرين فيه . ويستثنى من ذلك ، فلا يجب على المدين تقديم كفيل آخر ، حالة ما إذا كان الدائن قد اشترط شخصاً معيناً لكفالة الدين . فى هذه الحالة يكون الدائن هو الذى طلب شخصاً معيناً لكفالة حقه فقدمه المدين ، فلا يلتزم هذا الأخير بتقديم شخص آخر يحل محله إذا أصبح الشخص الذى طلبه الدائن بالذات غير متوافر على الشروط الواجبة[٢] . وإذا أعسر الكفيل إعساراً

---

(١) بون ٢ فقرة ١١٦ – جيوار فقرة ٩٤ – بودرى وڤال فقرة ٩٨٩ – پلانيول وريپير وساڤاتييه فقرة ١٥٢٢ ص ٩٧٤ هامش ٥ .

(٢) وكذلك تستثنى حالة ما إذا كان الكفيل قد التزم دون علم المدين ، فإن المدين لم يختر فى هذه الحالة شخص الكفيل ، بل إن المدين لم يكن ملزما بتقديم كفيل لكفالة دينه . هذا وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد يشتمل على نص فى هذه المسألة ، فكانت المادة ١١٤٠ من هذا المشروع تنص على ما يأتى : « ١ – إذا أعسر الكفيل بعد الكفالة ، وجب تقديم كفيل آخر . ٢ – ويستثنى من ذلك أن يكون الدائن قد اشترط شخصا معينا لكفالة الدين ، أو أن يكون الكفيل قد التزم دون علم المدين » . وكان التقنين المدنى السابق (م ٥٠٠/٦١٠) ينص على أنه « إذا تعهد المدين تعهدا مطلقا بإعطاء كفيل ، سواء كان التعهد حاصلا باتفاق بينه وبين الدائن أو أمام المحكمة ، وأعسر الكفيل الذى قدمه ، وجب على المدين استبداله بكفيل آخر » . وجاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « تطابق المادة ١١٤٠ المادة ٧١٧ من المشروع الفرنسى الإيطالى ، مع إضافة يسيرة إليها . والحكم الوارد بها هو بعينه المقرر بالمادة ٥٠٠/٦١٠ من التقنين الحالى (السابق) ، وذلك ما عدا أجزاءها الأخير فإنه يقرر استثناء مجمعا عليه ، وهو أن المدين لا يلزم باستبدال الكفيل الذى عينه الدائن إذا أعسر ، ولا الكفيل الذى يتقدم لضمان الدين بدون علمه » . وانظر أيضا م ٢٠٢٠ مدنى فرنسى وم ١٠٦٨ من قانون الموجبات والعقود اللبنانى » – ولما عرضت المادة ١١٤٠ من المشروع التمهيدى على لجنة المراجعة ، رأت اللجنة « عدم الموافقة على حكمها والاكتفاء فى موضوعها بالقواعد العامة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٤٢٩ – ص ٤٣١ فى الهامش) .

جزئياً ، جاز للدائن أن يطالب بكفالة أخرى تكمل كفالة الكفيل الأول . وتقديم كفيل آخر أو استكمال كفالة الكفيل الأول واجب أيضاً فيما إذا اعتقد الدائن خطأ أن الكفيل ملىء ، ولم يكن هذا مليئاً منذ البداية[١] . ولا يكون المدين ملزماً بتقديم كفيل آخر إذا مات الكفيل الأول الذى قدمه ، لأن التزام هذا الأخير يبقى فى تركته[٢] . وكذلك لا يكون المدين ملزماً بتقديم كفيل آخر إذا اتحدت ذمة المدين وذمة الكفيل ، ما دام مال كل من الاثنين قد انضم إلى مال الآخر وأصبح المالان خاضعين لحق الدائن[٣] .

وتقول المادة ٧٧٤ مدنى سالفة الذكر إن للمدين « أن يقدم عوضاً عن الكفيل تأميناً عينياً كافياً » . ويخلص من ذلك أن المدين ، إذا كان ملتزماً بموجب القانون أو القضاء أو الاتفاق ، بتقديم كفيل لدائنه ، فإن له أن يقدم عوضاً عن الكفيل تأميناً عينياً كافياً ، كرهن رسمى أو رهن حيازى . فيستطيع المدين أن يرهن رهناً حيازياً تأميناً للدين مجوهرات أو حلياً أو نقوداً أو منقولات أخرى ذات قيمة ، كما يستطيع أن يرهن قيماً منقولة لحاملها عن طريق التسليم المادى ، أو قيماً منقولة اسمية عن طريق التحويل ، أو قيماً منقولة إذنية عن طريق التظهير . ويستطيع المدين كذلك أن يرهن لتأمين دينه ، بدلا من الكفالة الشخصية ، عقاراً ، إما رهناً رسمياً أو رهناً حيازياً[٤] .

---

(١) بودرى وقال فقرة ٩٨٤ وفقرة ٩٨٦ – پلانيول وريبير وساڤاتييه فقرة ١٥٢٣ ص ٩٧٥ .

(٢) كذلك إذا كان الكفيل الأول قد أصبح غير أهل بعد أن كان أهلا وقت عقد الكفالة ، بأن حجر عليه مثلا ، فإن ذلك لا يبطل عقد الكفالة ، ولا يجيز الدائن مطالبة المدين بتقديم كفيل آخر (سليمان مرقس فقرة ١٥ ص ١٦) .

(٣) بودرى وقال فقرة ٩٨٨ – پلانيول وريبير وساڤاتييه فقرة ١٥٢٩ ص ٩٧٥ – ص ٩٧٦ .

(٤) والتقنين المدنى الفرنسى (م ٢٠٤١) يجيز ، فى الكفالة القانونية والكفالة القضائية ، أن يستبدل المدين بالكفيل الشخصى رهن حيازة كافيا (nantissement suffisant) . والقضاء الفرنسى يجيز للمدين أن يقدم أيضا رهنا رسميا ، فليست صعوبة التنفيذ على العقار المرهون رهنا رسميا بأشد من صعوبة التنفيذ على عقارات الكفيل الشخصى (نقض فرنسى ٧ أغسطس سنة ١٨٨٢ داللوز ٨٣ – ١ – ٢٢٠ – ٣ فبراير سنة ١٨٩٧ داللوز ٩٧ – ١ – ٦٠١ – بودرى وقال فقرة ٩٩١ – ٩٩٢ – بيدان وڤواران ١٣ فقرة ٦٩ – پلانيول وريبير وساڤاتييه فقرة ١٥٢٥ ص ٩٧٦ – پلانيول وريبير وبولانچيه ٢ فقرة ١٩٣٢ – كولان وكاپيتان ٢ فقرة ١٣٩٩ – عكس ذلك أوبرى ورو ٦ فقرة ٤٢٦ ص ٢٧٨ هامش ١٢) .

ولا شيء يمنع من أن يكون التأمين العيني الكافي ، الذي يحل محل الكفيل الشخصي ، مترتباً على مال الغير برضاء هذا الغير[١] . كذلك يجوز أن يستكمل المدين يسار الكفيل غير الكافي بتأمين عيني ، فيخلص من الكفالة الشخصية والتأمين العيني تأمين كاف للدين[٢] . هذا وقد وردت في تقنين المرافعات نصوص خاصة بتقديم الكفالة في حالة الكفالة القانونية والكفالة القضائية ، فيجب تطبيق هذه النصوص في الدائرة الموسومة لها . وقد نصت المادة ٤٧٥ مرافعات في هذا الشأن على أنه « في الأحوال التي لا يجوز فيها تنفيذ الحكم أو الأمر إلا بكفالة ، يكون للملتزم بها الخيار بين أن يقدم كفيلا مقتدراً أو أن يودع خزانة المحكمة من النقود أو الأوراق المالية ما فيه الكفاية ، وبين أن يقبل إيداع ما يحصل من التنفيذ خزانة المحكمة أو تسليم الشيء المأمور بتسليمه في الحكم أو الأمر إلى حارس مقتدر » . ونصت المادة ٤٧٦ مرافعات على أن « يكون إعلان خيار الملزم بالكفالة إما على يد محضر بورقة مستقلة ، وإما ضمن إعلان سند التنفيذ أو ورقة التكليف بالوفاء » . ونصت المادة ٤٧٧ مرافعات على أنه « لذي الشأن ، خلال ثلاثة الأيام التالية لهذا الإعلان ، أن ينازع في اقتدار الكفيل أو الحارس أو في كفالة ما يودع . وتحصل المنازعة بتكليف الخصم الحضور أمام قاضي محكمة المواد الجزئية التابع لها موطن المحكوم عليه ، ويحكم في المنازعة على وجه السرعة بحكم لا يستأنف » . ونصت المادة ٤٧٨ مرافعات على أنه « إذا لم تقدم منازعة في الميعاد ، أو قدمت ورفضت ، أخذ على الكفيل في قلم الكتاب التعهد بالكفالة أو على الحارس قبوله الحراسة ، ويكون المحضر المشتمل على تعهد الكفيل بمثابة سند تنفيذي قبله بالالتزامات المترتبة على تعهده »[٣] .

---

(١) بلانيول وريبير وساڤاتييه فقرة ١٥٢٥ ص ٩٧٧ .

(٢) نقض فرنسي ١٥ مايو سنة ١٨٧٧ داللوز ٧٧ - ١ - ٢٩٧ - بلانيول وريبير وساڤاتييه فقرة ١٥٢٥ ص ٩٧٧ - أنسيكلوبيدي داللوز ١ لفظ **cautionnement** فقرة ٩١ - وانظر مناقشة هذه المسألة في لجنة الأستاذ كامل صدقي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٤٣٦ - ص ٤٤٠ في الهامش .

(٣) وقد صدر أخيراً ، بعد كتابة هذه السطور ، تقنين جديد للمرافعات ، فيراجع فيه ما يقابل هذه النصوص .

١٥ – ما استحدثه التقنين المدنى الجديد فى خصوص الكفالة : عدل التقنين المدنى الجديد فى ترتيب أحكام الكفالة ، فتناول فى الفصل الأول أركان الكفالة ، وخصص الفصل الثانى لآثارها ، وتناول فيه العلاقة ما بين الكفيل والدائن ثم العلاقة ما بين الكفيل والمدين .

وفى الفصل الخاص بأركان الكفالة ، استحدث التقنين المدنى الجديد نصاً يقضى بوجوب إثبات الكفالة بالكتابة ولو كان الالتزام المكفول يجوز إثباته بالبينة ، كما نص على كفالة الدين المستقبل والدين الشرطى والدين التجارى . ونص على أن الملتزم بتقديم كفيل يجوز له أن يقدم عوضاً عن الكفيل تأميناً عينياً كافياً ، وجعل الكفالة تشمل ملحقات الدين ومصروفات المطالبة الأولى وما يستجد من المصروفات بعد إخطار الكفيل ما لم يكن هناك اتفاق على غير ذلك .

وفى الفصل الخاص بآثار الكفالة ، نص التقنين المدنى الجديد على أنه لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل وحده إلا بعد رجوعه على المدين ، واشترط أن يتمسك الكفيل بالدفع بتجريد المدين ، ولكنه لم ينص على أن التمسك بهذا الدفع يجب أن يكون عند المطالبة الأولى . ونص على أنه لا يعتد بأموال المدين التى يدل عليها الكفيل إذا كانت هذه الأموال متنازعاً عليها أو تقع خارج مصر ، كما نص على مسئولية الدائن إذا تهاون فى اتخاذ إجراءات التجريد وترتب على ذلك إعسار المدين . ونص على أنه إذا كان هناك تأمين عينى لضمان الدين سابق أو معاصر للكفالة ، لم يجز التنفيذ على أموال الكفيل غير المتضامن مع المدين إلا بعد التنفيذ على الأموال التى خصصت لهذا التأمين . وبين التقنين المدنى الجديد التزامات الدائن نحو الكفيل عند قيام هذا بوفاء الدين ، كما بين حقوق الكفيل قبل المدين ، ونص صراحة على حقه فى الرجوع على المدين سواء كانت الكفالة قد عقدت بعلم المدين أو بغير علمه ؛ ولكنه أوجب على الكفيل إخطار المدين قبل أن يقوم بوفاء الدين . كما نص على أن يكون للكفيل الحق فى الفوائد القانونية عن كل ما قام بدفعه ، ابتداء من يوم الدفع[١] .

---

(١) انظر فى ذلك المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموع الأعمال التحضيرية ص ٤١٨ – ص ٤١٩ .

الفصل الأول
أركان الكفالة

١٦ – ركناها : يمكن القول إن للكفالة ركنين : (١) التزاماً أصلياً مكفولا ، هو التزام المدين الأصلى يضمنه الكفيل . وبدون هذا الالتزام لا تكون كفالة ، لأن التزام الكفيل هو كما قدمنا التزام تابع ، فهو يتبع الالتزام الأصلى المكفول على الوجه الذى بسطناه فيما تقدم[1] . (٢) اتفاقاً بين الكفيل والدائن لكفالة التزام المدين الأصلى ، وهذا الاتفاق هو عقد الكفالة ذاته . فلا بد إذن من رضاء الكفيل بالكفالة ، ورضاء الدائن بأن يضمن الكفيل حقه[2] .

المبحث الأول
الالتزام الأصلى المكفول

١٧ – موضوعاه : نبحث فى الالتزام الأصلى المكفول موضوعين :

---

(١) انظر آنفا فقرة ١٣ .

(٢) أما إذا تعاقد الشريك المتضامن غير المدير باسم الشركة مع الغير فى غير أغراضها ، فإن تعاقده وإن لم يكن ملزماً للشركة يلزمه شخصياً قبل الغير الذى تعاقد معه . وعلى ذلك فإذا كان الحكم قد قرر مسئولية ذلك الشريك شخصياً عن كفالة عقدها ، منتحلا فيها صفة غير صحيحة وهى أنه مدير للشركة حالة كونه غير مدير لها وليس من أغراض الشركة ضمان الغير ، فإن الحكم يكون قد أصاب القانون . كذلك إذا كان الحكم قد انتهى إلى أن الشريك المتضامن قد أخطأ فى الكفالة التى عقدها مع الغير ، بإخفائه حقيقة صفته فى النيابة عن الشركة ، ورتب على ذلك أن هذا الغير أصابه ضرر هو حرمانه من تضامن الشركة – التى ادعى الشريك أنه يمثلها – مع المدين فى الوفاء بالدين ، فإنه لا يؤثر فى تحقق هذا الضرر القول بملاءة المدين أو الضامنين الآخرين . ولا يقبل من الشريك المذكور أن يدفع مسئوليته بالقول بوجود ضمان آخرين مسئولين ، لأن مسئوليته مردها الخطأ التدليسى (نقض مدنى ٢٧ يونيه سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ ص ٦٢٥) .

(١) الالتزام الأصلى المكفول فى ذاته . (٢) الالتزام الأصلى المكفول هو الذى يحدد مدى التزام الكفيل .

§ ١ – الالتزام الأصلى المكفول فى ذاته

١٨ – *مصدر الالتزام الأصلى المكفول ومحله*: أى التزام تمكن كفالته ، أياً كان مصدره وأياً كان محله ، فيكون التزاماً أصلياً مكفولا .

فتمكن كفالة الالتزام الذى يكون مصدره العقد ، وهذا الذى يقع فى الغالب . فيكفل التزام مصدره عقد قرض مثلا فيكون للمقترض كفيل بالمبلغ الذى اقترضه [١] . ويكفل التزام مصدره عقد البيع ، فيكون للمشترى كفيل بالثمن . ويكفل التزام مصدره عقد الإيجار ، فيكون للمستأجر كفيل بالأجرة . وهكذا .

وتمكن كفالة الالتزام الذى يكون مصدره العمل غير المشروع ، فيعترف المدين فى العمل غير المشروع بمبدأ المسئولية وبمقدار التعويض ، ويأتى كفيل يضمنه فى هذا المقدار إلى أن يفى به . وتجوز كفالة التزام احتمالى مصدره العمل غير المشروع ، فيأتى المدين الاحتمالى بهذا الالتزام لدائنه الاحتمالى بكفيل يضمنه .

وتمكن كفالة الالتزام الذى يكون مصدره الإثراء بلا سبب أو رد غير المستحق أو الفضالة ، فيأتى رب العمل مثلا بكفيل يضمن التزامه نحو الفضولى .

وتمكن أخيراً كفالة الالتزام الذى يكون مصدره القانون ، فيأتى الجار مثلا لجاره بكفيل يكفله فى التزامه بتعويض الأضرار غير المألوفة بسبب الجوار [٢] .

وأياً كان محل الالتزام الأصلى ، فإنه تجوز كفالته ، سواء كان هذا المحل إعطاء أو عملا أو امتناعاً عن عمل [٣] . والذى يقع غالباً هو كفالة

---

(١) بودرى وڤال فقرة ٩٤٩ ص ٥٠٨ .

(٢) انظر فى كفالة الالتزام أيا كان مصدره ترولون فقرة ٥٠ – جيوار فقرة ٥٤ – بودرى وڤال فقرة ٩٤٩ .

(٣) بون ٢ فقرة ٢٦ – لوران ٢٨ فقرة ١٢٨ – جيوار فقرة ٥١ وفقرة ٥٤ – بودرى وڤال فقرة ٩٤٩ ص ٥٠٨ .

الالتزام الذى يكون محله مبلغاً من النقود ، فيأتى المقترض مثلا بكفيل يضمنه لدى المقترض فى المبلغ من النقود الذى اقترضه . ولكن قد يكون محل الالتزام نقل ملكية عقار أو منقول ، لا مبلغاً من النقود . فيأتى البائع مثلا بكفيل يضمنه لدى المشترى فى التزام الأول بنقل ملكية المبيع إلى الثانى . كذلك يجوز للمقاول ، الذى تعاقد مع صاحب العمل على إقامة منشآت ، أن يأتى بكفيل يضمنه فى التزامه بهذا العمل . ويجوز لتاجر ملتزم بعدم منافسة تاجر آخر أن يأتى بكفيل ، يضمنه فى الالتزام بعدم المنافسة .

١٩ — كفالة الالتزام الصحيح — نص قانونى : تنص المادة ٧٧٦ مدنى على ما يأتى :

« لا تكون الكفالة صحيحة إلا إذا كان الالتزام المكفول صحيحاً »[١].

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى الفقرة الأولى من المادة ١١٣٠ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى « لا تصح الكفالة إلا فى التزام صحيح » . وفى لجنة المراجعة عدل النص على الوجه الآتى : « الكفالة باطلة إذا كان الالتزام المكفول باطلا » ، وأصبح رقمه ٨٤٠ فى المشروع النهائى . وحذف مجلس النواب هذا النص ، اكتفاء بغيره من النصوص التى وردت . وفى لجنة مجلس الشيوخ طلبت الحكومة إعادة النص المحذوف تمهيداً لما يأتى بعده من النصوص ، ومنها النص على كفالة ناقص الأهلية . فإذا كان الكفيل يجهل نقص أهليته كان التزامه قابلا للإبطال كالالتزام الأصلى ، وهذا بخلاف ما إذا كان الكفيل يعلم نقص الأهلية فإنه لا يستطيع التمسك بهذا الدفع ولكنه يبقى كفيلا ، وبخلاف ما إذا كان الكفيل كفل ناقص الأهلية بسبب نقص أهليته فإنه لا يستطيع التمسك بنقص الأهلية بل لا يكون كفيلا أصلا إذ هو مدين أصلى . وقد وافقت اللجنة على إعادة النص إلى المشروع بالصيغة الآتية : « لا تكون الكفالة صحيحة إلا إذا كان الالتزام المكفول صحيحاً » ، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . وقالت اللجنة فى تقريرها : « وقد راعت اللجنة فى هذا التعديل أن الكفالة قد يقصد منها ضمان الوفاء إذا كان الالتزام الأصلى باطلا ، متى انصرفت النية إلى تأمين الدائن من خطر التمسك بالبطلان . ولهذا رؤى أن يقتصر النص على حكم الكفالة التى يقصد منها إلى ضمان الوفاء بالالتزام ، وهى تفترض بطبيعة الحال أن يكون الالتزام المكفول صحيحاً . وأصبح رقم المادة ٧٧٦ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٤٤٣ — ص ٤٤٦) — وانظر مناقشات لجنة الأستاذ كامل صدقى فى صدد هذا النص فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٤٤٣ — ص ٤٤٦ فى الهامش .

ويقابل النص فى التقنين المدنى السابق المادة ٤٤٦ / ٦٠٥ : الكفالة باطلة إذا كان الدين المكفول به باطلا ما لم تكن الكفالة حاصلة بسبب عدم أهلية المدين .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

—

ويخلص من النص سالف الذكر أنه حتى تكون الكفالة صحيحة وترتب التزاماً فى ذمة الكفيل بضمان الالتزام المكفول ، يجب أن يكون هذا الالتزام الأخير ذاته صحيحاً . ويكون الالتزام المكفول صحيحاً إذا تولد من مصدر غير عقدى ، أو تولد من مصدر عقدى وكان العقد الذى تولد منه عقداً صحيحاً .

ويجب التميز هنا بين فرضين : (الفرض الأول) أن يلتزم شخص بوفاء التزام فى ذمة الغير . فيؤمن للدائن بذلك وفاء الالتزام . وفى هذا الفرض لا يكون هذا الشخص كفيلا ، بل يكون مديناً أصلياً ، تعهد بوفاء التزام الغير للدائن . ولا يهم فى هذه الحالة أن يكون التزام الغير صحيحاً أو باطلا أو قابلا للإبطال ، ما دام الملتزم بوفائه قد التزم بصفة أصلية لا باعتباره كفيلا . ويؤول ذلك على أن الملتزم بالوفاء قد التزم نحو الدائن بأن المدين لا يتمسك بأوجه البطلان فى الدين ، وبأنه إذا تمسك بأوجه البطلان فأعلن بطلان الدين أو أبطله ، فإن الملتزم بالوفاء يقوم نفسه بوفاء هذا الدين الباطل أو القابل للإبطال . ومن ثم لا يكون الملتزم بالوفاء كفيلا بل مديناً أصلياً كما قدمنا ، ويصح كما سبق القول أن يكون الدين الذى التزم بوفائه باطلا أو قابلا للإبطال . ولو كان الملتزم بالوفاء كفيلا ، أى أن التزامه تابع للدين الأصلى ، لأمكنه أن يتمسك ببطلان الدين الأصلى أو بإبطاله كما يتمسك بذلك المدين الأصلى نفسه . (والفرض الثانى) أن يكون الملتزم بالوفاء كفيلا لا مديناً أصلياً ،فيكفل المدين الأصلى فى الوفاء بالتزامه . وهذا هو الفرض الذى يعنينا هنا ، إذ أن التزام الكفيل يكون تابعاً للالتزام الأصلى المكفول ، ولا تكون الكفالة صحيحة إلا إذا كان الالتزام المكفول[1] صحيحاً كما يقول

– التقنين المدنى السورى م ٧٤٣ (مطابق) .
التقنين المدنى الليبى م ٧٨٠ (مطابق) .
التقنين المدنى العراقى لا مقابل .
قانون الموجبات والعقود اللبنانى م ١٠٥٦ لا تصح الكفالة إلا لموجب صحيح (موافق) .

(١) فتجوز كفالة الالتزام بعمل إذا كان هذا الالتزام صحيحاً ، حتى لو عقد لاعتبار شخصى فى المدين (intuitu personae) ، ويضمن الكفيل فى هذه الحالة التعويض المترتب فى ذمة –

النص سالف الذكر . فاذا كان الالتزام المكفول باطلا أو قابلا للإبطال ، أمكن للكفيل كما أمكن للمدين الأصلى أن يتمسك بهذا الدفع ، فيعلن بطلان الالتزام الأصلى أو يبطله . ومن ثم يصبح التزام الكفيل باطلا .

وهذا هو ما قصدت إليه لجنة مجلس الشيوخ إذ قالت فى تقريرها : «وقد راعت اللجنة فى هذا التعديل أن الكفالة قد يقصد منها ضمان الوفاء إذا كان الالتزام الأصلى باطلا ، متى انصرفت النية إلى تأمين الدائن من خطر التمسك بالبطلان . ولهذا رؤى أن يقتصر النص على حكم الكفالة التى يقصد منها إلى ضمان الوفاء بالالتزام ، وهى تفترض بطبيعة الحال أن يكون الالتزام المكفول صحيحاً»[1] .

= المدين الأصلى بسبب إخلاله بالتزامه . فيجوز لمصور أو نحات مثلا أن يلتزم بعمل صورة أو نحت تمثال ، وتكون شخصية المصور أو النحات ملحوظة فى هذا الالتزام ، ويأتى الملتزم بكفيل يضمن التعويض الذى يترتب على الإخلال بالالتزام (بلانيول وريبير وساڤاتييه فقرة ١٥١٦) . كما تجوز كفالة الالتزام الناشئ من ورقة الضد (contre-lettre) ، ذلك أن الضد عقد صحيح وإن كان لا يحتج به على الغير حسن النية ، وعلى ذلك تجوز كفالة الالتزام الناشئ من هذه الورقة (بودرى وڤال فقرة ٩٤٤ ص ٥٠٤) .

(١) انظر آنفاً نفس الفقرة فى الهامش – وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا قضت المحكمة بأن الكفالة المعطاة لشخص عند ما يرسو عليه مزاد استئجار أطيان إنما كانت من هذه الأطيان المعينة التى لم يتم استئجارها ، وأنها لا تنسحب على أطيان أخرى تم استئجارها من صاحب الأطيان الأولى ، فلا شأن لمحكمة النقض بها متى كانت قد أوردت فى أسباب حكمها الاعتبارات التى رأت أنها هى التى حملت الكفيل على الكفالة المقدمة ، وأبرزت ما بين عملية الإيجار التى تمت والعملية التى تم من مغايرة ، وكان ما انتهت إليه من ذلك غير متعارض مع عبارات عقد الكفالة (نقض مدنى ٢٣ نوفبر سنة ١٩٣٩ مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض فى ٢٥ عاماً الجزء الثانى ص ٩٣٦ رقم ٣) . وقضت أيضاً بأن الكفالة عقد ينطوى على تبرع ، فلا يجوز إجراؤه بطريق الوكالة إلا بعد إثبات توكيل خاص به (م ٥١٦ مدنى قديم) . فالتوقيع على عقد الكفالة بناء على توكيل مرخص فيه للوكيل بالإقرار والصلح ، لا يصح . والتوكيل العام فى جنس عمل ، وإن كان معتبراً بدون نص على موضوع العمل ، لا يسرى على التبرعات (م ٥١٧ مدنى قديم) . (نقض مدنى ٢٥ مارس سنة ١٩٤٨ مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض فى ٢٥ عاماً الجزء الثانى ص ٩٣٦ رقم ٤) . وقضت أخيراً بأن الكفالة من عقود التبرع ، فيجب عملا بالمادتين ٥١٦ و ٥١٧ مدنى (قديم) أن يكون بيد الوكيل الذى يكفل الغير نيابة عن موكله تفويض خاص بذلك . فإذا نص التوكيل على تخويل الوكيل أن يرهن ما يرى رهنه من أموال الموكل ، وأن يقترض بمقابل الرهن ، فإنه يكون مقصوراً على الاستدانة ورهن ما يفى بالدين من أملاك الموكل . ولا يجوز الاعتماد فى أن =

٢٠ — كفالة الالتزام الباطل : ويؤخذ مما قدمناه أن كفالة الالتزام الباطل تكون هى أيضاً باطلة كالالتزام المكفول . والمفروض فى ذلك ، كما قدمنا ، أن الكفيل تقدم باعتباره كفيلا . لا باعتباره مديناً أصلياً . فإذا كان الالتزام المكفول فى هذه الحالة باطلا بطلاناً مطلقاً ، كانت الكفالة وهى تابعة له باطلة مثله . وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٧٨١ مدنى ، كما سنرى ، على أن « يبرأ الكفيل بمجرد براءة المدين ، وله أن يتمسك بجميع الأوجه التى يحتج بها المدين » . ومن الأوجه التى يحتج بها المدين الأصلى بطلان التزامه المكفول ، فللكفيل أيضاً أن يحتج بهذا البطلان ، فتكون كفالة الالتزام الباطل باطلة مثله .

ولا يكون الالتزام باطلا إلا إذا كان التزاماً عقدياً ، أما الالتزام غير العقدى فإن القانون نفسه لا الإرادة هو الذى يتكفل بإنشائه وباستمداده من مصدره فلا يكون باطلا . فالالتزام الباطل إذن هو الالتزام الذى يراد إنشاؤه بعقد باطل ، والعقد يكون باطلا إذا اختل أحد أركانه ، فانعدم ركن التراضى مثلا أو كان محله غير معين أو مستحيلا أو غير مشروع أو كان سببه غير مشروع أو كان غير مستوف للشكل الذى يتطلبه القانون .

والأمثلة على العقد الباطل كثيرة . من ذلك دين المقامرة أو الرهان ، ودين الربا الفاحش فيما زاد على مقدار الفائدة المسموح بها قانوناً ، والدين الذى يكون محله غير موجود[1] أو مستحيلا أو غير مشروع ، والدين الذى يقوم على سبب غير مشروع ، والدين الذى يكون مصدره التعاقد على شركة مستقبلة ، والدين الذى يكون مصدره هبة باطلة فى الشكل[2] . كل هذه

= يكفل الوكيل باسم موكله مدينا ، وأن يرهن أطيان الموكل تأمينا للوفاء بالدين (نقض مدنى أول أبريل سنة ١٩٣٧ مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض فى ٢٥ عاما الجزء الثانى ص ٩٣٦ رقم ٥) .

(١) ومثل الدين الذى يكون محله غير موجود فى التزام غير عقدى أن يكفل شخص متهما فيما عسى أن يحكم عليه بتعويض ، ثم يحكم ببراءة المتهم وبعدم مسئوليته عن تعويض ما (بودرى وقال فقرة ٩٤٥ ص ٥٠٦) .

(٢) انظر فى أمثلة أخرى على العقد الباطل بودرى وقال فقرة ٩٤٤ .

ديون باطلة لأن مصدرها عقد باطل . وعلى ذلك لا تجوز كفالتها ، ويكون التزام الكفيل فى هذه الحالة باطلا بطلان الالتزام الأصلى المكفول .

٢١ – كفالة الالتزام القابل للإبطال – نص قانونى : تنص المادة ٧٧٧ مدنى على ما يأتى :

« من كفل التزام ناقص الأهلية ، وكانت الكفالة بسبب نقص الأهلية ، كان ملزماً بتنفيذ الالتزام إذا لم ينفذه المدين المكفول »[1].

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى الفقرة الثانية من المادة ١١٣٥ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ومع ذلك تصح كفالة الالتزام الذى يعقده ناقص الأهلية ، إذا كان الكفيل يعلم بنقص أهليته » . وفى لجنة المراجعة جعلت هذه الفقرة الثانية مادة مستقلة ، وعدلت صياغتها على وجه يبرز التكييف القانونى الصحيح للالتزام فى هذه الحالة بما يجعل الملتزم أصيلا لا كفيلا ، بالنص الآتى : « من كفل التزاما باطلا بسبب نقص أهلية المدين ، كان ملتزماً بتنفيذه كدين أصلى إذا كان وقت الكفالة يعلم بنقص الأهلية » . وأصبح رقم النص ٨٤٦ فى المشروع النهائى . وفى مجلس النواب عدل النص ، تحت رقم ٨٤٤ ، على الوجه الآتى : « من كفل التزام ناقص الأهلية ، وكانت الكفالة بسبب نقص الأهلية ، كان ملزماً بتنفيذ الالتزام كدين أصلى » . وذلك ليكون المعنى المقصود واضحاً ، لأن النص الأصلى قد يوهم بأن الشرط المطلوب هو علم الكفيل دون الدائن والمدين بنقص أهلية المدين ، مع أن المقصود هو أن يكون كل الثلاثة ، الدائن والمدين والكفيل ، عالمين بنقص الأهلية وقت التعاقد . وفى لجنة مجلس الشيوخ اعترض رئيس اللجنة على المادة من حيث أنها تلزم الكفيل بتنفيذ الالتزام كدين أصلى ، لأنه من الجائز أن يجيز ناقص الأهلية الالتزام عند بلوغه . فأجيب بأن هذه صورة من الصور الثلاث التى عرضت على اللجنة عند بدء المناقشة ، وهذه الصور هى : ١ – أن يكفل الكفيل ناقص الأهلية وهو لا يعلم بنقص أهليته ، فى هذه الحالة يجوز له التمسك بنقص الأهلية . ٢ – أن يكفل الكفيل ناقص الأهلية وهو يعلم بنقص أهليته ، وفى هذه الحالة لا يستطيع الاحتجاج بنقص الأهلية . ٣ – أن يكفل الكفيل ناقص الأهلية بسبب نقص أهليته ، فى هذه الحالة نتصور أن الكفيل أراد أن يكفل القاصر بسبب نقص أهليته بقطع النظر عن إجازته ، وأراد أيضاً آنفاً أن يكفل القاصر ولو أجاز الالتزام ولكنه لم ينفذه . فعدلت اللجنة النص على الوجه الآتى : « من كفل التزام ناقص الأهلية ، وكانت الكفالة بسبب نقص الأهلية ، كان ملزماً بتنفيذ الالتزام إذا لم ينفذه المدين المكفول » . فأصبح النص تحت رقم ٧٧٧ ، مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . وجاء فى تقرير اللجنة : رأت اللجنة الأخذ بالتعديل الذى اختاره مجلس النواب ، واستبدلت فى آخر النص بعبارة « كدين أصلى » عبارة « إذا لم ينفذه المدين الأصلى » . « وقد توخت اللجنة فى ذلك إبراز فكرة أن المدين الأصلى هو ناقص الأهلية وقد يقوم بالوفاء ويكون وفاؤه صحيحاً متى تم بعد زوال نقص أهليته أو تم بعد إجازة وليه أو وصيه ، ولهذا يكون التعبير =

وهذا النص مقصور على كفالة ناقص الأهلية ، أى إذا كان الالتزام الأصلى قابلا للإبطال بسبب نقص الأهلية . ولكن القابلية للإبطال قد يكون لها سبب آخر غير نقص الأهلية ، فقد يكون سببها عيباً فى الرضاء فيكون الرضاء مشوباً بالغلط أو بالتدليس أو بالإكراه أو بالاستغلال . وقد يكون سبب القابلية للإبطال نصاً فى القانون ، كما هو الأمر فى بيع ملك الغير فقد ورد نص على أن هذا البيع فيما بين البائع والمشترى قابل للإبطال لمصلحة المشترى .

فاذا كان سبب القابلية للإبطال غير نقص الأهلية ، بأن كان السبب عيباً فى الرضاء أو نصاً فى القانون ، وجب تطبيق القواعد العامة ، إذ لم يرد نص فى هذا الصدد كما ورد النص سالف الذكر فى خصوص القابلية للإبطال بسبب نقص الأهلية . ولما كانت القواعد العامة تقضى بأن يكون الالتزام قابلا للإبطال لعيب فى الرضاء أو لنص فى القانون ، فإن الكفيل والتزامه تابع للالتزام الأصلى المكفول يستطيع أن يتمسك بهذا الدفع ، وإذا رجع عليه الدائن تمسك بأن التزامه قابل للإبطال كالتزام المدين الأصلى[1] . وعلى ذلك إذا كفل شخص مديناً بعقد يشوبه غلط أو تدليس أو إكراه ، أو كفل شخص مشترياً من غير المالك ، جاز للكفيل أن يتمسك بأن التزامه ككفيل

= التى اختارته اللجنة أدق فى الإعراب عن المقصود من النص » . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عرفتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٤٤٧ – ص ٤٥٢) – انظر أيضاً ما دار من المناقشة فى لجنة الأستاذ كامل صدقى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٤٤٣ – ص ٤٤٦ فى الهامش) .

ويقابل النص فى التقنين المدنى السابق المادة ٤٩٦ / ٦٠٥ : الكفالة باطلة ، ما لم تكن الكفالة حاصلة بسبب عدم أهلية المدين .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٧٤٣ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٧٨٦ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى لا مقابل .

قانون الموجبات والعقود اللبنانى لا مقابل .

(١) انظر بودرى وثال فقرة ٩٤٨ – بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٩٢٤ ص ٦٢٥ .

هو أيضاً قابل للإبطال كالتزام المدين الأصلي . ونأتي بتطبيق عملي لما تقدم ، ونفرض أن مديناً بموجب عقد قد وقع في غلط عند تعاقده وتوافر في الغلط الشروط الواجبة ليجعل العقد قابلا للإبطال . فإذا كفل شخص هذا المدين ، ثم كشف المدين الأصلي أنه وقع في غلط فتمسك بإبطال العقد ، جاز لكفيله أيضاً أن يتمسك بإبطال الكفالة أسوة بالمدين الأصلي ، فله إذن أن يتمسك بهذا الدفع . ولا نرى أن الكفيل يحرم من هذا الدفع إذا فرضنا أن المدين الأصلي بعد أن كشف أنه وقع في غلط أجاز العقد فانقلب صحيحاً ، بل يبقى للكفيل حتى في هذه الحالة حق التمسك بإبطال الكفالة . ذلك أن الكفيل قد كفل مديناً بعقد قابل للإبطال ، فلا يستطيع هذا المدين أن يسوئ مركز الكفيل بإجازته هذا العقد . ويكون للكفيل أن يتمسك بإبطال الكفالة حتى لو أجاز المدين الأصلي العقد ، وذلك ما لم يجز الكفيل بدوره الكفالة فتصبح صحيحة بعد أن كانت قابلة للإبطال .

بقي ما إذا كان سبب القابلية للإبطال هو نقص الأهلية ، وقد اقترحت لجنة الأستاذ كامل صدقي الأخذ بالمادة ٧١٠ من المشروع الفرنسي الإيطالي ونصها : « لا تصح الكفالة إلا في التزام صحيح ، ومع ذلك تصح كفالة الالتزام الذي يعقده ناقص الأهلية إذا كان الكفيل يعلم بنقص أهليته » . وقيل في هذه اللجنة إن من مزايا نص المشروع الفرنسي الإيطالي القضاء على كثير من الصعوبات . وأدمج النص في المشروع التمهيدي ، تحت رقم ١١٣٥[1] . وقد مرت بنا المراحل التشريعية التي اجتازتها المادة ١١٣٥ من

---

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في خصوص هذا النص ما يأتي : « نقل المشروع المادة ١١٥٣ بنقرتيها عن المادة ٧١٠ من المشروع الفرنسي الإيطالي . وهو يطابق في أحكامه المادة ٤٩٦ / ٦٠٥ من التقنين الحالي (السابق) مع شيء من الإيضاح . أما التقنين الفرنسي (م ٢٠١٢ / ٢) ، فإنه يصحح كفالة التزام ناقص الأهلية حتى لو كان الكفيل يجهل وقت العقد نقص أهلية المدين . وقد أثار هذا الحكم كثيراً من أوجه الخلاف والنقد الشديد ، ولذلك عدل عنه المشرع المصري وقرر أن كفالة التزام ناقص الأهلية لا تكون صحيحة إلا إذا كان الكفيل يعلم بنقص الأهلية . وكذلك فعلت معظم التقنينات الحديثة ، كما أن الشريعة الإسلامية تقضي هي أيضاً بهذا الحكم (م ٨٤١ مرشد الحيران) . ويلاحظ أن التزام الكفيل في هذه الحالة ليس التزاماً تبعياً يستند إلى التزام أصلي ، بل إن الكفيل يلتزم بصفة أصلية لا باعتباره كفيلا . ذلك أن من كفل قاصراً في =

المشروع التمهيدى ، حتى استقرت فى التقنين المدنى الجديد تحت رقم المادة ٧٧٧ مدنى[1] . وقد قيل فى صدد هذا النص فى لجنة مجلس الشيوخ ما يأتى : « إذا كان الكفيل يجهل نقص أهليته (أهلية المدين الأصلى) ، كان التزام الكفيل قابلا للإبطال كالالتزام الأصلى . وهذا بخلاف ما إذا كان الكفيل يعلم نقص الأهلية فإنه لا يستطيع أن يتمسك بهذا الدفع ولكنه يبقى كفيلا ، وبخلاف ما إذا كان الكفيل كفل ناقص الأهلية بسبب نقص أهليته فإنه لا يستطيع أن يتمسك بنقص الأهلية بل لا يكون كفيلا أصلا إذ هو مدين أصلى »[2] . وقيل أيضاً أمام لجنة مجلس الشيوخ فى هذا المعنى إن هناك صوراً ثلاثاً هى : « ١ — أن يكفل الكفيل ناقص الأهلية وهو لا يعلم بنقص أهليته ، فى هذه الحالة يجوز له التمسك بنقص أهليته . ٢ — أن يكفل الكفيل ناقص الأهلية وهو يعلم بنقص أهليته ، وفى هذه الحالة لا يستطيع الاحتجاج بنقص الأهلية . ٣ — أن يكفل الكفيل ناقص الأهلية بسبب نقص أهليته ، فى هذه الحالة نتصور أن الكفيل أراد أن يكفل القاصر بسبب نقص أهليته بقطع النظر عن إجازته ، وأراد أيضاً أن يكفل القاصر ولو أجاز الالتزام ولكنه لم ينفذه »[3] .

ويستخلص مما تقدم أن فى كفالة ناقص الأهلية ، وهو القاصر المميز ومن فى حكمه كالمحجور عليه بسبب غفلة أو سفه وبوجه عام كل من كان عقده قابلا للإبطال بسبب نقص الأهلية[4] ، يجب التمييز بين فروض ثلاثة :

= عقد وهو عالم بقصره ، كان ضامناً له فى أداء التزامه إذا لم يتمسك القاصر ببطلان العقد ، وكان مسئولا بصفة أصلية عن أداء الالتزام إذا تمسك القاصر بالبطلان ، كل هذا ما لم يقم دليل على ما يخالفه . هذا وقد أورد القانون البولونى فى المادة ٦٢٦ نصا يقرب من هذا المعنى إذ يقضى بأن من كفل التزاما باطلا بسبب نقص أهلية المدين يكون ملزماً بتنفيذه كدين أصلى ، إذا كان وقت الكفالة يعلم أو كان من الواجب عليه أن يعلم نقص أهلية المدين » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٤٤٨ — ص ٤٤٩) .

(١) انظر آنفاً فقرة ١٩ فى الهامش وفقرة ٢١ فى الهامش .

(٢) انظر آنفاً فقرة ١٩ فى الهامش .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٢١ فى الهامش .

(٤) والتقنين المدنى الفرنسى (٢٠١٢ / ٢) ينص على أنه « تجوز كفالة الالتزام ، ولو كان جائزاً إبطاله بدفع شخصى محض خاص بالملتزم ، وذلك كحالة القصر » . والفقه

(الفرض الأول) أن يكون الكفيل قد كفل ناقص الأهلية وهو غير عالم بنقص أهليته : وفى هذا الفرض يكون الكفيل كفيلا لا مديناً أصلياً ، وتسرى جميع أحكام الكفالة . ومن هذه الأحكام أن للكفيل أن يتمسك بالدفوع التى يتمسك بها المدين الأصلى ، وعلى ذلك يستطيع أن يتمسك الكفيل بقابلية الدين للإبطال ، وأن يبطل الكفالة تبعاً لذلك[1] . ويكون له التمسك بهذا الدفع ، سواء تمسك المدين الأصلى ناقص الأهلية بقابلية دينه للإبطال فأبطله ، أو لم يتمسك بهذا الدفع وأجاز العقد الأصلى القابل للإبطال . ذلك بأن الكفيل ، وقت أن كفل ناقص الأهلية ، كان لا يعلم بنقص أهليته . فلا يعترض عليه بأنه كان عالماً بنقص الأهلية وبأن ناقص الأهلية إذا لم يتمسك بنقص أهليته وأجاز العقد لم يجز للكفيل أن يتمسك هو بنقص

فى فرنسا متفق على أن المقصود بالالتزام المكفول هنا هو الالتزام القابل للإبطال (annulable) لا الالتزام الباطل (nul) (انظر أوبرى ٦ فقرة ٤٢٥ ص ٢٧٤ – ص ٢٧٥ . بودرى وڤال فقرة ٩٤٤ – ص ٥٠٥ – بلانيول وساڤاتييه فقرة ١٠١٨) .

(١) ويبدو أن بعض الفقهاء فى فرنسا يذهب إلى أن الكفيل ، حتى لو لم يكن عالما بنقص أهلية المدين الأصلى ، لا يجوز له أن يحتج بنقص الأهلية ، ويبقى ملتزماً بالرغم من جهله بنقص أهلية المدين الأصلى (بودرى وڤال فقرة ٩٤٥ ص ٥٠٥) . ويذهب أصحاب هذا الرأى إلى أنه يتخلف عن إبطال الالتزام الأصلى التزام طبيعى ، وهذا الالتزام الطبيعى هو الذى يضمنه الكفيل ، لأن الالتزامات الطبيعية عند أصحاب هذا الرأى تجوز كفالتها كفالة مدنية (بودرى وڤال فقرة ٩٤٦ – فقرة ٩٤٧) . ولكن فقهاء آخرين يخالفون هذا الرأى ويذهبون إلى أن الكفيل ، حتى لا يستطيع الاحتجاج بنقص أهلية المدين ، يجب أن يكون عالما بنقص الأهلية (بلانيول وريبير وساڤاتييه فقرة ١٠١٨ – بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٩٢٤) .

أما فى القانون المصرى ، فلا شك فى أن الكفيل ، حتى لا يستطيع أن يحتج بنقص أهلية المدين الأصلى ، يجب أن يكون عالماً بنقص الأهلية ، بل يجب أن يكون قد كفل ناقص الأهلية بسبب نقص أهليته . أما القول بأن التزام ناقص الأهلية إذا أبطل يتخلف عنه التزام طبيعى وتجوز كفالة الالتزامات الطبيعية فردود ، كما سنرى ، بأن الالتزام الطبيعى لا تجوز كفالته كفالة مدنية . فإذا كفل الكفيل ناقص الأهلية دون أن يكون عالما بنقص أهليته ، فله أن يتمسك بالدفوع التى يتمسك بها المدين الأصلى ومنها الدفع بنقص الأهلية ، فينقلب كل من التزام المكفول ناقص الأهلية والتزام الكفيل التزاماً طبيعياً ، ولا يجد أحد منهما على الوفاء بالتزامه (الوسيط ٢ فقرة ٤٠٣ – وانظر محمد كامل مرسى فقرة ٣٩) .

الأهلية . فالمدين الأصلى لا يستطيع أن يسوئ بعمله أى بإجازته للعقد مركز الكفيل ، وقد طبقنا هذه القاعدة المقررة فى الكفالة فى حالة ما إذا كان العقد الأصلى قابلا للإبطال لعيب فى الرضاء[١] .

(الفرض الثانى) أن يكون الكفيل قد كفل ناقص الأهلية وهو عالم بنقص أهليته : وفى هذا الفرض يكون الكفيل كفيلا أيضاً لا مديناً أصلياً ، وتسرى جميع أحكام الكفالة . إلا أن هذا الفرض يختلف عن الفرض السابق فى أن الكفيل يعلم نقص أهلية المدين الأصلى ، فيكون بعلمه هذا نازلا حتما عن التمسك بعدم الأهلية فيما إذا نزل عنه المدين الأصلى وأجاز العقد . وعلى ذلك إذا تمسك المدين الأصلى ناقص الأهلية بنقص أهليته وأبطل العقد الأصلى جاز للكفيل أيضاً ، كما فعل المدين الأصلى ، أن يتمسك بنقص الأهلية وأن يبطل عقد الكفالة . وفى هذا يستوى هذا الفرض مع الفرض السابق . أما إذا نزل المدين الأصلى عن التمسك بنقص أهليته وأجاز العقد ، فإن الكفيل ، خلافا للفرض السابق ، لا يستطيع أن يتمسك هو بنقص الأهلية ، ويعتبر أنه قد نزل عن هذا الدفع لأنه كان يعلم وقت أن كفل المدين أن هذا الأخير ناقص الأهلية .

(الفرض الثالث) أن يكون الكفيل قد كفل ناقص الأهلية بسبب نقص أهليته ، وهذا هو الفرض الذى عرضت له المادة ٧٧٧ مدنى فيما قدمنا ، فقالت : « من كفل التزام ناقص الأهلية ، وكانت الكفالة بسبب نقص الأهلية ، كان ملزماً بتنفيذ الالتزام إذا لم ينفذه المدين المكفول » . والمفروض أن كلا من الكفيل والدائن والمدين الأصلى عالم بنقص أهلية هذا الأخير ، وأن العقد الذى أبرمه هذا الأخير مع الدائن قابل للإبطال . فيجوز للمدين أن يبطله ، وتوقعاً لهذا الاحتمال عقدت الكفالة إذ هى لم تعقد إلا بسبب نقص أهلية المدين الأصلى . وعلى ذلك يمكن تفسير الكفالة التى تمت على الوجه الآتى : إذا تمسك المدين الأصلى ناقص الأهلية بنقص أهليته وأبطل العقد الأصلى ، كان الكفيل هو المدين الأصلى بموجب العقد الذى أبرمه مع الدائن ، وكان ملزماً بتنفيذ الالتزام الأصلى لأن المدين الأصلى لم ينفذه . وفى هذه

(١) انظر آنفا نفس الفقرة .

الحالة لا يكون الكفيل كفيلا ، بل يكون مديناً أصلياً ، وهو مدين بالالتزام الأصلي تحت شرط واقف وهو ألاّ ينفذ المدين الأصلي هذا الالتزام . فإذا تحقق الشرط ولم ينفذ المدين الأصلي الالتزام ، وجب على من تقدم بصفته كفيلا وقد أصبح مديناً أصلياً بتحقق الشرط أن ينفذ هو هذا الالتزام[1] ؛ أما إذا أجاز ناقص الأهلية العقد وانقلب العقد صحيحاً بالإجازة ، فان المدين الأصلي يصبح ملزماً بتنفيذ الالتزام الأصلي ، ويكون الكفيل ضامناً له في تنفيذ هذا الالتزام ، باعتباره كفيلا لا باعتباره مديناً أصلياً ، وتسري جميع أحكام الكفالة[2] . يؤكد ذلك ما ورد في مناقشات لجنة الشيوخ ، إذ قيل في هذه اللجنة عن هذا الفرض الثالث ما يأتي : « أن يكفل الكفيل ناقص الأهلية بسبب نقص أهليته . في هذه الحالة نتصور أن الكفيل أراد أن يكفل القاصر بسبب نقص أهليته بقطع النظر عن إجازته ، وأراد أيضاً أن يكفل القاصر ولو أجاز الالتزام ولكنه لم ينفذه . فعدلت اللجنة النص على الوجه

---

(١) محمد كامل مرسي فقرة ٣٨ – ويطبق الأستاذ سليمان مرقس نظرية تحويل العقد في هذه الحالة ، ويقول في هذا المعنى : « إن كفالة التزام ناقص الأهلية الحاصلة بسبب نقص أهليته تقع صحيحة ككفالة حقيقية ، وتبقى كذلك ما لم يتمسك ناقص الأهلية ببطلان التزامه ، فتبطل حينئذ الكفالة بهذه الصفة وتتحول إلى تعهد منشئ الالتزام أصلي في ذمة من تعهد ككفيل » (سليمان مرقس فقرة ٣٥ ص ٤٠) . ويقول الأستاذ منصور مصطفى منصور : « والرأي الذي نفضله أن من يكفل التزام ناقص الأهلية ، وتكون الكفالة بسبب نقص الأهلية ، يبرم عقداً مركباً يتضمن كفالة وتعهداً عن الغير . يتعهد فيه الكفيل بألا يستعمل المدين حقه في طلب الإبطال ، ويتعهد في الوقت نفسه بأن يقوم على سبيل التعويض بتنفيذ الالتزام الأصلي إذا أخل بتعهده عن الغير بأن طلب المدين الإبطال . وعلى ذلك فما بقي الالتزام الأصلي قائماً ، يبقى الكفيل ملتزماً بصفة تبعية باعتباره كفيلا . أما إذا طلب المدين الإبطال وحكم له بذلك فزال الالتزام الأصلي بأثر رجعي ، زال التزام الكفيل تبعاً لذلك بأثر رجعي . ولكن يتحقق بذلك الإخلال بالتعهد عن الغير ، فيلتزم الكفيل المتعهد بتنفيذ الالتزام الأصلي على سبيل التعويض لأنه أخل بالتزامه الناشئ عن التعهد عن الغير ، ويكون التزامه هذا التزاماً أصلياً غير تابع لغيره » (منصور مصطفى منصور فقرة ١٦ ص ٣٤ – وانظر عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٤٣ – محمد علي إمام فقرة ٤٣ ص ٨١) .

(٢) ومن الفقهاء الفرنسيين من يعمم هذا الحكم ، حتى في حالة ما إذا علم الكفيل بنقص الأهلية ، على جميع أوجه البطلان ، كالبطلان المطلق والقابلية للإبطال لعيب في الرضا (بودوي وفال فقرة ٩٥٢ – وانظر أيضاً عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٤٤ – سليمان مرقس فقرة ٣٦ – منصور مصطفى منصور فقرة ١٦ ص ٣٥) .

الآتى . . . وجاء فى تقرير اللجنة : رأت اللجنة الأخذ بهذا التعديل الذى اختاره مجلس النواب ، واستبدلت فى آخر النص بعبارة « كمدين أصلى » عبارة « إذا لم ينفذه المدين الأصلى » . وقد توخت اللجنة فى ذلك إبراز فكرة أن المدين الأصلى هو ناقص الأهلية وقد يقوم بالوفاء ، ويكون وفاؤه صحيحاً متى تم بعد زوال نقص أهليته أو تم بعد إجازة وليه أو وصيه . ولهذا يكون التعبير الذى اختارته اللجنة أدق فى ا عراب عن المقصود من النص »[1].

وجاء أيضا فى مناقشات لجنة الشيوخ فى خصوص المادة ٧٧٦ مدنى ما يؤيد ما قدمناه ، إذ قيل : « فإذا كان الكفيل يجهل نقص أهليته (نقص أهلية المدين الأصلى) كان التزام الكفيل قابلا للإبطال كالالتزام الأصلى ، وهذا بخلاف ما إذا كان الكفيل يعلم نقص الأهلية فإنه لا يستطيع التمسك بهذا الدفع ولكنه يبقى كفيلا ، وبخلاف ما إذا كان الكفيل كفل ناقص الأهلية بسبب نقص أهليته فانه لا يستطيع أن يتمسك بنقص الأهلية بل لا يكون كفيلا أصلا إذ هو مدين أصلى . وقد وافقت اللجنة على إعادة النص إلى المشروع بالصيغة الآتية : لا تكون الكفالة صحيحة إلا إذا كان الالتزام المكفول صحيحاً . . . وقد راعت اللجنة فى هذا التعديل أن الكفالة قد يقصد منها ضمان الوفاء إذا كان الالتزام الأصلى باطلا متى انصرفت النية إلى تأمين الدائن من خطر التمسك بالبطلان . ولهذا روئى أن يقتصر النص على حكم الكفالة التى يقصد منها إلى ضمان الوفاء بالالتزام ، وهى تفترض بطبيعة الحال أن يكون الالتزام المكفول صحيحاً »[2] .

٢٢ — كفالة الالتزام الشرطى والالتزام المستقبل — نص قانونى :

تنص المادة ٧٧٨ مدنى على ما يأتى :

« ١ — تجوز الكفالة فى الدين المستقبل إذا حدد مقدماً الدين المكفول ، كما تجوز الكفالة فى الدين الشرطى » .

« ٢ — على أنه إذا كان الكفيل فى الدين المستقبل لم يعين مدة الكفالة .

---

(١) انظر أيضا نفس الفقرة فى الهامش .

(٢) انظر آنفا فقرة ١٩ فى الهامش . وانظر عبدالفتاح عبد الباقى فقرة ٤٢ — فقرة ٤٣ —

فإن له فى أى وقت أن يرجع فيها ما دام الدين المكفول لم ينشأ »[1] .

ويخلص من هذا النص أنه تجوز كفالة الدين الشرطى ، وتجوز كفالة الدين المستقبل .

أما كفالة الدين الشرطى فلا شك فى جوازها طبقاً للقواعد العامة ، سواء كان الدين الأصلى المكفول معلقاً على شرط فاسخ أو معلقاً على شرط واقف[2] .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١١٣٦ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت لجنة المراجعة على النص ، تحت رقم ٨٤٧ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٨٤٥ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٧٧٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٤٥٢ – ص ٤٥٨) .

ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى السابق . وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى للنص ما يأتى : « كفالة الالتزامات المستقبلة أو الشرطية جارية فى العمل ، على الأخص فى عقود الحساب الجارى وفتح الاعتماد . والقضاء والفقه مجمعان على صحتهما رغم عدم وجود نص فى التقنين الحالى (السابق) . وقد رأى المشروع من المناسب أن يسلك بشأنهما مسلك التقنينات الحديثة ، فينص صراحة على جواز كفالة الالتزام المستقبل والالتزام الشرطى . على أنه حماية للكفيل ، وهو شخص يتورط عادة دون أن يجنى من وراء كفالته ربحاً ما ، قرر المشروع وجوب تحديد مبلغ معين تصح فى حدوده كفالة الالتزام المستقبل ، كما قرر أيضاً أن كفالة الالتزام المستقبل التى لأجل غير محدد يجوز الرجوع فيها طالما لم ينشأ الالتزام بعد . والقضاء المصرى يؤيد هذا الاتجاه : انظر على الأخص استئناف مختلط ٢٣ يناير سنه ١٩٠٧ م ١٩ ص ١٠٠ – ٣ ديسمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ٧٦ – والمادة ١١٣٦ فى مجموعها تطابق المادتين ٦٢٧ و٦٢٨ من التقنين البولونى » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٤٥٤ ص ٤٥٧) .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٧٤٤ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٧٨٧ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى لا مقابل .

قانون الموجبات والعقود اللبنانى م ١٠٥٧ : يجوز أن يكون موضوع الكفالة موجباً ممكن الحدوث (كضمان نزع الملكية بدعوى الاستحقاق) أو موجباً مستقبلا أو غير معين بشرط أن يكون التعيين ممكناً فيما بعد (مثل كفالة المبلغ الذى سيحكم به على شخص ما) ، ففى هذه الحالة يحدد موجب الكفيل بما يجب على المديون الأصلى . وانظر المادة ١٠٤٤ فيما يلى فى نفس الفقرة فى الهامش .

(٢) جيوار فقرة ٥٢ – بودرى وفال فقرة ٩٥٠ ص ٥١٠ .

فالدين المعلق على شرط فاسخ دين موجود ونافذ ، فتجوز كفالته وتكون الكفالة فى هذه الحالة تابعة للدين الأصلى ، وعلى ذلك تكون هى أيضاً معلقة على شرط فاسخ . فاذا تخلف الشرط الفاسخ ، صار الدين الأصلى باتاً ، وكذلك يكون باتاً التزام الكفيل . أما إذا تحقق الشرط الفاسخ ، فإن الدين الأصلى ينفسخ بأثر رجعى ويعتبر كأنه لم يكن ، وكذلك ينفسخ التزام الكفيل ويعتبر كأنه لم يكن . وكذلك لا شك فى جواز كفالة الدين المعلق على شرط واقف ، لأنه وإن لم يكن نافذاً دين موجود . فيكفله الكفيل ، ويكون التزامه كالالتزام المكفول معلقاً على شرط واقف. فإذا تخلف الشرط الواقف ، زال الدين الأصلى بأثر رجعى واعتبر كأنه لم يكن . وكذلك يزول التزام الكفيل ، ويعتبر كأنه لم يكن . أما إذا تحقق الشرط الواقف ، فان الالتزام الأصلى ينفذ بأثر رجعى ، وكذلك ينفذ التزام الكفيل . فيصبح التزام كل من المدين الأصلى والتزام الكفيل نافذاً باتاً ، وتسرى فى هذه الحالة أحكام الكفالة .

وكذلك تجوز كفالة الدين المستقبل وإن كان ديناً غير موجود وقت الكفالة ، وذلك باستثناء الالتزام فى تركة مستقبلة فإنه باطل وتبطل تبعاً له الكفالة[1] . ومثل الدين المستقبل فتح اعتماد فتجوز كفالته ، كما تجوز كفالة الدين الاحتمالى لأنه دين مستقبل . فإذا فتح شخص اعتماداً فى مصرف ، جاز أن يقدم كفيلا يضمن ما عسى أن يقبضه المدين من هذا الاعتماد وبالقدر الذى يقبض ، وذلك قبل أن يقبض المدين شيئاً من الاعتماد . كذلك يستطيع أن يقدم شخص كفيلا يضمنه فيما عسى أن يشتريه من متجر معين ، فيكون الكفيل ضامناً لثمن البضائع التى يشتريها المدين الأصلى[2] .

وتكون كفالة الدين المستقبل قائمة ويكون الكفيل ملزماً بها ، حتى قبل

---

(١) بودرى وڤال فقرة ٩٥٠ .

(٢) بودرى وڤال فقرة ٩٥١ ص ٥١١ – جيوار فقرة ١٨ . وكفالة المدين المستقبل قبل وجوده صحيح صحة بيع الشىء المستقبل قبل وجوده : إذ يجوز التعامل فى الأشياء المستقبلة فيما عدا التركات المستقبلة (استئناف مختلط ٢٣ يناير سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ١٠٠ – منصور مصطفى منصور فقرة ١٧ ص ٣٦ – وقارن عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٤٥ ص ٨٦ – ص ٨٧) .

أن يوجد هذا الدين . ولكن الكفيل لا يكون ملتزماً بأى مقدار من المال قبل أن يوجد الدين ، فإذا ما وجد كفله المدين بالمقدار الذى به يوجد[١] .

ولكن نص المادة ٧٧٨ مدنى سالف الذكر وضع لكفالة الدين المستقبل قيدين :

(القيد الأول) يجب فى الدين المستقبل المكفول أن يحدد مقدماً فى عقد الكفالة مقدار الدين المكفول . فاذا كفل شخص فتح اعتماد أو ثمن بضائع لم تشتر بعد ، وجب تحديد المقدار الذى كفله الكفيل ، فيذكر مثلا فى عقد الكفالة أن الكفيل يكفل الاعتماد لغاية مبلغ كذا أو يكفل ثمن البضائع لغاية مبلغ كذا . والسبب فى وضع هذا القيد حماية الكفيل ، فهو يقوم على كفالة دين مستقبل لمَّا يوجد ، فلا أقل من تحديد مبلغ يكفله حتى لا يتورط فى كفالة دين لم يوجد ولا يعلم مقداره[٢] . وقد كانت القواعد العامة تقضى ،

---

(١) بودرى وفال فقرة ٩٥٠ ص ٥١٠ – وتجوز كذلك كفالة دين غير معين المقدار مادام هذا الدين موجودا فعلا وقت كفالته ، وهذا غير كفالة الدين المستقبل . وعلى ذلك تجوز كفالة ما ترتب فعلا فى ذمة شخص معين دون أن يعين مقدار الدين ، بل تجوز كفالة هذا المدين دون أن يعلم الكفيل شخص الدائن ، ويكون الكفيل فى هذه الحالة ملتزما نحو المدين بكفالة دينه (جيوار فقرة ١٨ وفقرة ٥٨ ثالثا – بودرى وفال فقرة ٩٥١) .

(٢) وقد جاء فى محاضر جلسات لجنة الأستاذ كامل صدقى فى الصدد ما يأتى : « قال الرئيس إنه تحسن حماية الشخص الذى يكفل فى ساعة ضعفه ، إذ كثيرا ما يحصل فى مصر أن يكفل الشخص قريبا له أو تكفل الزوجة زوجها . وهذه الحماية أدعى فى حالة الزوجة الموسرة الأمية التى تساق إلى كفالة زوجها ، هذا فضلا عن أن تحديد مقدار الدين المكفول كشرط لصحة الكفالة مأخوذ به فى كثير من التقنينات الحديثة كما هو الحال فى سويسرا حيث الشعب على حظ وفير من الثقافة والمعرفة وفى وسعه حماية نفسه » . وقال عضو آخر : « إن من بين التقنينات ما أجاز تقديم كفالة ضمانا لدين غير محدد المقدار ، كما أن من بينها ما لم يقرر ذلك . ولا ضير من الاعتراف بصحة كفالة التزام يمكن تحديد مقداره فيما بعد » . وعقب أحد الأعضاء . « بأن النص الذى أخذ به المشروع الفرنسى الإيطالى للالتزام والعقود يقرر صحة كفالة دين غير محدد المقدار ، بينما يعلق قانون الاتحاد السويسرى صحة الكفالة على بيان مقدار الدين » . فقال الرئيس : « إن من الممكن إزاء هذين الرأيين المتعارضين إيجاد حل وسط يسمح بشمول الكفيل بقسط من الحماية ، واقترح أن تجعل صحة الكفالة رهناً ببيان مقدار الدين إذا ما تعلق الأمر بالتزام مستقبل أو بالتزام بعمل شىء » . وقد وافقت اللجنة على اقتراح الرئيس بأغلبية الأصوات . ثم انتقلت اللجنة إلى مناقشة النص فاقترح الأخذ بالحكم الوارد =

إذا لم يوجد نص ، بجواز كفالة الدين المستقبل حتى لو لم يحدد مقداره[١] .

(القيد الثانى) ما تنص عليه الفقرة الثانية من المادة ٧٧٨ مدنى سالفة الذكر من أنه « إذا كان الكفيل فى الدين المستقبل لم يعين مدة للكفالة ، كان له فى أى وقت أن يرجع فيها ما دام الدين المكفول لم ينشأ » . فإذا عين الكفيل مدة لقيام كفالته ، لم يجز له أن يرجع فى الكفالة طوال هذه المدة ، ووجب عليه وفاء الدين عن المدين الأصلى متى وجد الدين وحل ولم يوفه المدين الأصلى فى خلال هذه المدة . أما إذا لم يعين الكفيل مدة لقيام كفالته ، أو عين مدة وانقضت قبل نشوء الدين المستقبل وتحققه فعلا ، فإن للكفيل أن يرجع فى الكفالة ما دام الدين المكفول لم ينشأ . فإذا نشأ الدين المكفول ، سواء فى حالة عدم تعيين مدة للكفالة لم يرجع الكفيل فى خلالها عن كفالته ، أو فى حالة تعيين مدة نشأ فى خلالها الدين المكفول ، فإن الكفيل عندئذ لا يستطيع الرجوع فى الكفالة وتصبح ملزمة له . وقد كانت القواعد العامة تقضى ، لولا وجود نص الفقرة الثانية من المادة ٧٧٨ مدنى سالفة الذكر ، بأن الكفيل لا يستطيع الرجوع فى الكفالة ويبقى ملتزماً بها حتى قبل نشوء الدين المستقبل[٢] ، ما دام لم يعين وقتاً لقيام كفالته وينقص هذا الوقت قبل نشوء الدين .

هذا وقد كان المشروع التمهيدى يشتمل على نصين يعتبران من تطبيقات كفالة الدين المستقبل . فكانت المادة ١١٣٧ من هذا المشروع تنص على أن « الوكالة فى إقراض شخص آخر تعتبر كفالة لالتزام مستقبل ، إلا إذا اتفق على خلاف ذلك » . وكانت المادة ١١٣٧ مكررة من المشروع تنص على ما يأتى : « وفى الحالة المنصوص عليها فى المادة السابقة ، يبرأ الكفيل إذا

= فى المادة ٦٢٧ من القانون البولونى . . . مضافاً (إليه) نص المادة ٦٢٨ من نفس التقنين . . . فوافقت اللجنة على الأخذ بنص المادتين ٦٢٧ و ٦٢٨ » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٤٥٤ – ص ٤٥٥ فى الهامش) .

(١) لوران ٢٦ فقرة ٧٨ – ترولون ٥٠ – جيوار فقرة ١٨ وفقرة ٥٢ – بودرى وقال فقرة ٩٥١ .

(٢) وهذا هو الرأى المأخوذ به فى القانون المدنى الفرنسى (لوران ٢٨ فقرة ١٣١ – جيوار فقرة ٥٣ – بودرى وقال فقرة ٩٥٠ ص ٥١٠ – پلانيول وريبير وساڤاتييه فقرة ١٥١٦ – پلانيول وريبير وبولانچيه ٢ فقرة ١٩٩٢ – أنسيكلوپيد داللوزا لفظ cautionnement فقرة ٢٤ .

كان الدائن وقت نشوء الالتزام يعلم ، أو كان يستطيع أن يعلم ، أن حالة المدين المكفول قد أصبحت بالغة السوء ، ولم يكن قد حصل على الكفيل على ما يؤكد كفالته »[١] . ويوضح هذين النصين ما يقابلهما من النصوص فى المشروع الفرنسى الإيطالى وفى التقنين المدنى الألمانى . فقد جاء فى المادتين ٧٠٨ و ٧٠٩ من المشروع الفرنسى الإيطالى أنه « إذا وكل شخص غيره فى فتح اعتماد لشخص ثالث والتزم الموكل إزاء الوكيل شخصاً ، اعتبر كفيلا فى دين مستقبل . ومتى أعطى هذا التوكيل وقبل ، فلا يجوز الرجوع فيه كما لا يجوز التنازل عنه إلا برضاء الطرفين . وفى هذه الحالة تبرأ ذمة الكفيل إذا كان الدائن يعلم أو فى وسعه أن يعلم ، وقت نشوء الالتزام المكفول ، أن مركز المدين كان سيئاً وأنه لم يحصل على إذن الكفيل » . وجاء فى المادة ٧٧٨ من التقنين المدنى الألمانى : « من وكل غيره فى فتح اعتماد لثالث باسمه ولحسابه ، يسأل ككفيل قبل الوكيل عن التزام الشخص الثالث الناتج من فتح الاعتماد » . ومعنى كلمة « توكيل » الواردة فى هذه النصوص هو « إعطاء تعليمات أو أوامر » . ولما عرض نصا المشروع التمهيدى على لجنة المراجعة ، رأت هذه اللجنة حذفهما « اكتفاء بتطبيق القواعد العامة »[٢] .

٢٣ — كفالة الالتزام الطبيعى : كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد يشتمل على نص هو المادة ١١٣٥ مكررة ، وكانت تجرى على الوجه الآتى : « تجوز كفالة الالتزام الطبيعى ما دام غير مخالف للنظام

---

(١) وقد اقتبس هذان النصان من التقنين البولونى (م ٦٢٩ و ٦٣٠) . وجاء التقنين الألمانى (م ٧٧٨) والمشروع الفرنسى الإيطالى (م ٧٠٨ و ٧٠٩) بأحكام مماثلة (انظر مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٤٥٥ فى الهامش) .

ونصت المادة ١٠٥٤ من قانون الموجبات والعقود اللبنانى على أن « من كلف شخصاً فتح اعتماد مالى لشخص ثالث ، آخذاً نفسه أن يكون مسئولا عنه ، يلزم بصفة كونه كفيلا بالموجبات التى عقدها الشخص الثالث على قدر القيمة التى عينها له — وإذا لم يعين الكفيل قيمة ما كان مسئولا إلى الحد المعقول الذى يتفق مع حالة الشخص الذى فتح له الاعتماد — ويصح الرجوع عن الالتزام المنصوص عليه فى الفقرة الأولى من هذه المادة ، مادام الشخص الذى كلف فتح الاعتماد لم يشرع فى تنفيذه . ولا يصح إثبات هذا الالتزام إلا خطا » .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ — ص ٤٥٧ فى الهامش .

العام أو للآداب » . ولما عرضت هذه المادة على لجنة المراجعة ، قررت هذه اللجنة « حذفها وترك الحكم فى موضوعها للقواعد العامة لأن حكمها محل خلاف »[1] . وقد أحسنت لجنة المراجعة بحذف هذا النص ، فهو أولا مختلف فى حكمه كل الاختلاف ، وهو ثانياً قد ورد ما يناقضه فى نفس المشروع التمهيدى فقد تضمن هذا المشروع نصاً صريحاً فى عدم جواز كفالة الالتزام الطبيعى هو الفقرة الثانية من المادة ٢٧٨ من هذا المشروع ، إذ كانت تنص على أنه « لا تجوز كفالة الالتزام الطبيعى كفالة شخصية أو عينية ، ما دام التزاماً طبيعياً »[2] . وقد حذفت هذه الفقرة فى لجنة المراجعة « لإمكان استخلاص حكمها من النصوص الواردة فى الكفالة »[3] .

والرأى الذى اخترناه عند الكلام فى الالتزام الطبيعى هو أنه لا تجرى كفالة هذا الالتزام ، إذا كان يقصد بالكفالة أن يترتب فى ذمة الكفيل التزام مدنى يضمن الالتزام الطبيعى المكفول . ذلك أن الكفالة على هذا النحو تفتح سبيلا لإجبار المدين على الوفاء بالتزامه الطبيعى عن طريق غير مباشر ، إذ يجبر الدائن الكفيل على الوفاء ، ثم يرجع الكفيل على المدين الأصلى ، فيكون المدين بالتزام طبيعى قد أجبر فى النهاية عن طريق غير مباشر على الوفاء بالتزامه ، وهذا لا يجوز[4] .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٤٢٤ فى الهامش .

(٢) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « وكذلك لا تجوز كفالة الالتزام الطبيعى كفالة عينية أو شخصية – انظر عكس ذلك المادة ٥٥٢ من التقنين الأرجنتينى – ما بقى فى نطاق الواجبات الأدبية . ذلك أن الكفالة التزام تابع ، فلا يجوز ، والحال هذه ، أن تكون أفعل أثراً من الالتزام الأصيل . ولا وجه للقياس فى هذا الشأن على كفالة التزام ناقص الأهلية ، فهذه الكفالة يكون لها حكم الصحة باعتبارها التزاماً أصيلا لا تابعاً . وصفوة القول أن كفالة الالتزام الطبيعى لا تصح إلا إذا اعترف به ، وألحق تفريعاً على ذلك بالالتزامات المدنية (م ٢٧٧ من المشروع) ومما هو جدير بالذكر أن القانون الرومانى يجيز كفالة الالتزام الطبيعى كما يجيز القصاص فيه ، على خلاف ما هو متبع القانون الحديث » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٠٢ هامش ١) .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٠٢ هامش ١ .

(٤) انظر الوسيط ٢ فقرة ٤٠٣ ص ٧٥٣ – وانظر لوران ١٧ فقرة ٢٨ و ٢٨ فقرة ١٤١ – فقرة ١٤٢ – أوبرى ورو ٦ فقرة ٤٢٤ ص ٢٧٤ وهامش ٥ – چوسران ٢=

وقد قدمنا أن من كفل التزام ناقص الأهلية ، وكانت الكفالة بسبب نقص أهليته كان ملزماً بتنفيذ الالتزام إذا لم ينفذه المدين المكفول . وليس فى هذا كفالة لالتزام طبيعى كما يذهب بعض الفقهاء فى فرنسا (بودرى وڤال فقرة ٩٤٦) ، وليس من كفل التزام ناقص الأهلية بسبب نقص أهليته بكفيل أصلا ، بل هو مدين أصلى تحت شرط واقف هو ألا ينفذ ناقص الأهلية التزامه ويتمسك بنقص أهليته[1] .

وسبق أن قررنا فى الجزء الثانى من الوسيط ، فى صدد كفالة الالتزام الطبيعى ، ما يأتى : « على أنه يجوز أن يكفل الكفيل وتكون كفالته تبعية لا التزاماً أصلياً ، ولكن التزام الكفيل فى هذه الحالة يكون هو التزاماً طبيعياً كالالتزام المكفول ، إذ لا يجوز أن تكون الكفالة بشروط أشد من شروط الدين المكفول (م ٧٨٢ مدنى) وسيتحقق هذا الغرض فيما إذا كفل الكفيل ناقص الأهلية دون أن يكون عالماً بنقص أهليته ، فعند ذلك يجوز للكفيل أن يتمسك بالدفوع التى يتمسك بها المدين الأصلى (م ١/٧٨٢ مدنى) ، ومنها الدفع بنقص الأهلية ، فينقلب كل من التزام المكفول ناقص الأهلية والتزام الكفيل التزاماً طبيعياً . ولا يجبر أحد منهما على الوفاء بالتزامه ، لكن إذا وفاه مختاراً لم يجز له استرداده . فإن كان الذى وفى التزامه مختاراً هو المكفول ناقص الأهلية فقد قضى التزامه والتزام الكفيل معاً ، لأن التزام الكفيل الطبيعى تبع لالتزام المكفول . وإن كان الذى وفى التزامه مختاراً هو الكفيل ، فقد قضى التزامه هو ولا يستطيع أن يسترده ، كما لا يستطيع الرجوع على

= فقرة ٧١٥ – پلانيول وريپير وبولانچيه، فقرة ١٩٢٣ – كولان وكاپيتان ودى لاموراندير ٢ فقرة ١٣٩٣ – بيدان وڤواران فقرة ٨٥ – محمد كامل مرسى فقرة ٤٠ – عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٤٥ – سليمان مرقس فقرة ٣١ – منصور مصطفى منصور فقرة ١٩ – وانظر عكس ذلك وأنه تجوز كفالة الالتزام الطبيعى ويكون التزام الكفيل التزاماً مدنياً : بودرى وڤال فقرة ٩٤٧ – پون ٢ فقرة ٣٦ وما بعدها – لارومبيير م ١٢٣٥ فقرة ١٠ – كولميه دى سانتير ٥ فقرة ١٧٤ مكررة ٣ – پلانيول وريپير وساڤاتييه فقرة ١٥١٧ (ولكنه لا يجيز للكفيل إذا وفى الالتزام الطبيعى المكفول أن يرجع على المدين بهذا الالتزام الطبيعى ، فهو يفترض إذن أن الكفيل قد كفل باعتباره مديناً أصلياً ديناً طبيعياً وهو على علم بذلك) . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بجواز كفالة الالتزام الطبيعى كفالة يترتب بموجبها فى ذمة الكفيل التزام مدنى (استئناف مختلط ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ ص ١٤٢) .

(١) انظر آنفاً فقرة ٢ فى آخرها .

المكفول بما وفى ، لأن التزام المكفول التزام طبيعي كما قدمنا لا يجبر على وفائه ولو بطريق غير مباشر »[١] .

§ - الالتزام الأصلي المكفول هو الذي يحدد مدى التزام الكفيل

٢٤ - تبعية التزام الكفيل للالتزام الأصلي المكفول : قدمنا[٢] أن الكفالة عقد تابع ، وأن التزام الكفيل يعتبر حتماً تابعاً لالتزام المدين الأصلي . ورتبنا على ذلك أن التزام الكفيل يكون ، مثل الالتزام المكفول ، منجزاً أو معلقاً على شرط أو مقترناً بأجل ، منتجاً لفوائد بنفس السعر أو غير منتج لها ، صحيحاً أو باطلا أو قابلا للإبطال ، قائماً أو منقضيا ، قابلا للفسخ أو غير قابل ، ويدفع كقاعدة عامة بنفس الدفوع التي يدفع بها الالتزام المكفول.

ونقف هنا عند أمور ثلاثة تتفرع عن تبعية التزام الكفيل للالتزام المكفول ، وعن أن هذا الالتزام الأخير هو الذي يحدد مدى التزام الكفيل : (١) التزام الكفيل لا يجوز أن يكون أشد عبئاً من الالتزام المكفول ولكن يجوز أن يكون أهون . (٢) شمول الكفالة لملحقات الالتزام المكفول . (٣) كفالة الالتزام التجاري تعتبر مع ذلك عملا مدنياً فيما عدا استثناءات معينة .

٢٥ - التزام الكفيل لا يجوز أن يكون أشد عبئاً من الالتزام المكفول ولكن يجوز أن يكون أهون - نص قانوني : تنص المادة ٧٨٠ مدني على ما يأتي :

« ١ - لا تجوز الكفالة في مبلغ أكبر مما هو مستحق على المدين ، ولا بشروط أشد من شروط الدين المكفول » .

---

(١) الوسيط ٢ فقرة ٤٠٣ ص ٧٥٤ - أما إذا انقلب الالتزام الطبيعي التزاماً مدنياً عن طريق الوعد بالوفاء به ، فإنه تجوز كفالته بالتزام مدني شأنه في ذلك شأن أ التزام مدني آخر ، ويعد وعداً ضمنياً بوفاء التزام طبيعي أن يقدم المدين بهذا الالتزام كفالة شخصية أو رهنا أو كفالة عينية (الوسيط ٢ فقرة ٤٠٣ ص ٧٥٤ هامش ٣ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٩٥ - فقرة ٩٩٦) .

(٢) انظر آنفاً فقرة ١٣ .

« ٢ – ولكن تجوز الكفالة فى مبلغ أقل ، وبشروط أهون »[1] .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١١٣٨ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ١ – لا يصح أن تجاوز الكفالة ما هو مستحق فى ذمة المدين ، ولا أن تعقد بشروط أشد . ٢ – ولكن تجوز الكفالة فى جزء من الدين ، أو بشروط أخف . ٣ – ولا تكون الكفالة التى تعقد بشروط أشد صحيحة إلا فى حدود الالتزام الأصلى » . وفى لجنة المراجعة حذفت الفقرة الثانية لأن حكمها مستفاد من حكم الفقرتين الأولى والثانية ، وعدلت صياغة الفقرتين الأولى والثانية بما يجعل المعنى أكثر وضوحاً ، فصار النص ، تحت رقم ٨٤٩ فى المشروع النهائى ، مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٨٤٧ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٧٨٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٤٦١ – ص ٤٦٣) .

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى خصوص نص هذا المشروع : « يطابق النص المادة ٧١١ من المشروع الفرنسى الإيطالى ، وهو يقرر الأحكام ذاتها الواردة بالمادة ٤٩٧ / ٦٠٦ من التقنين الحالى (السابق) . ولكن يزيد عليها أن الكفالة التى تعقد بمبلغ أكبر من الدين ، أو بشروط أشد من شروطه ، تكون صحيحة فى حدود الالتزام الأصلى . وهذا الحكم الأخير المعمول به فى ظل التقنين الحالى (السابق) رغم عدم النص عليه . وهذه الأحكام جميعاً ليست سوى تطبيق لمبدأ أن الكفالة عقد تابع ، فلا يلتزم الكفيل بما يجاوز التزام الأصيل حتى يضمن بذلك حقه فى الرجوع بكل ما دفعه على المدين . وكان من الجائز الاستغناء عن النص كما فعلت بعض التقنينات الحديثة كالتقنين الألمانى والتقنين السويسرى ، لولا أننا فضلنا الإبقاء عليه لما قد يترتب على إغفاله من تفسير غير صحيح (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٤٦٢ – ٤٦٣) .

ويقابل النص فى التقنين السابق المادة ٤٩٧ / ٦٠٦ – ٦٠٧ : لا يجوز أن تعقد الكفالة بمبلغ أكثر من المبلغ المطلوب من المدين ، ولا بشروط أشد من شروط الدين المكفول به . ولكن يجوز أن تكون الكفالة بمبلغ أقل من الدين ، وبشروط أخف من شروطه » .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٧٤٦ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٧٨٩ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ١٠١٣ : ١ – إذا كان الدين مؤجلا على الأصيل وكفل به أحد ، تأجل على الكفيل أيضاً . ٢ – وإذا أجل الدائن الدين على الأصيل تأجل على الكفيل وكفيل الكفيل ، وإن أجله على الكفيل الأول يتأجل على الكفيل الثانى ولا يتأجل على الأصيل .

م ١٠١٤ : إذا تكفل الكفيل بالدين الحال كفالة مؤجلة تأجل على الكفيل والأصيل . إلا إذا أضاف الكفيل الأجل إلى نفسه أو اشترط الدائن وقت الكفالة الأجل للكفيل خاصة ، ففى هاتين الحالتين لا يتأجل على الأصيل .

—

ويخلص من هذا النص أن الالتزام المكفول هو الذى يحدد مدى التزام الكفيل ، فلا يجوز أن يكون التزام الكفيل أشد من الالتزام المكفول ، فإذا كان أشد أو أصبح أشد فإنه لا يكون باطلا ولكن يجب إنقاصه إلى أن يبلغ حد الالتزام المكفول . ويجوز أن يكون التزام الكفيل أهون من التزام المكفول .

فلا يجوز أولا أن يكون التزام الكفيل أشد من الالتزام المكفول . وعلى ذلك لا تجوز الكفالة فى مبلغ أكبر مما هو مستحق على المدين الأصلى . فإذا كان المستحق على هذا المدين ألفاً ، لم تجز كفالته فى ألف ومائتين مثلا . وإذا كان الدين الأصلى لاينتج فوائد ، لم يجز أن ينتج التزام الكفيل فوائد ما . وإذا كان الدين الأصلى ينتج فوائد بسعر معين ، لم يجز أن تكون الفوائد على التزام الكفيل بسعر أعلى . وإذا كان الدين الأصلى ينتج فوائد بسيطة ، لم يجز أن ينتج التزام الكفيل فوائد مركبة[1] . وعلى ذلك أيضاً لا يجوز أن يلتزم الكفيل لأجل أقرب من أجل الالتزام المكفول[2] ، ولا توفية التزام الكفيل فى مكان أبعد أو أشد مشقة من المكان الذى يوفى فيه الالتزام المكفول[3]. وإذا كان الالتزام المكفول معلقاً على شرط ، لم يجز أن يكون التزام الكفيل منجزاً غير معلق على هذا الشرط[4] . وإذا كان الدين الأصلى مؤجلا على الأصيل وكفل به أحد تأجل على الكفيل أيضاً ، وإذا أجل الدائن المدين على الأصيل تأجل على الكفيل (م ١٠١٣ مدنى عراقى) . وإذا كان الدين الأصلى ديناً طبيعياً لم يجز أن يكون التزام الكفيل مدنياً ، بل يجب أن يكون التزاماً طبيعياً كالالتزام المكفول[5] . ويذهب بعض الفقهاء إلى أنه يجوز أن يكون

– قانون الموجبات والعقود اللبنانى م ١٠٦٤ : لا يمكن أن تتجاوز الكفالة ما هو واجب على المديون الأصلى ، إلا فيما يختص بالأجل .

م ١٠٦٥ : يجوز أن تعلق الكفالة على أجل ، أى أن تكون لوقت معين أو ابتداء من تاريخ معين . ويجوز أن تعقد على قسم من الدين فقط ، أو على شروط أخف عبئاً .

(١) جيوار فقرة ٦٢ – بودرى وقال فقرة ٩٦٤ – ص ٥١٦ .

(٢) استئناف مختلط ١٧ ديسمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٨٩ .

(٣) جيوار فقرة ٩٣ – بودرى وقال فقرة ٩٦٤ ص ٥١٦ .

(٤) جيوار فقرة ٦٤ – بودرى وقال فقرة ٩٦٤ ص ٥١٦ .

(٥) انظر آنفاً فقرة ٢٣ .

التزام الكفيل أشد من الالتزام المكفول من ناحية إذا كان أخف منه من ناحية أخرى ، فيجوز أن يكون التزام الكفيل منتجاً لفوائد إذا حصل الكفيل على أجل أطول من أجل الالتزام المكفول[1] . ولكن لما كان يصعب موازنة التزام الكفيل بالالتزام المكفول ومعرفة أيهما أشد ، فإن الأفضل الأخذ بالرأى الآخر والقول بأن التزام الكفيل لا يجوز أن يكون أشد من الالتزام المكفول فى أية ناحية من نواحيه[2]. ولكن يجوز . ما دام التزام الكفيل ليس أشد من الالتزام المكفول ، أن يكون التزام الكفيل مضموناً برهن مثلا حتى لو كان الالتزام المكفول ديناً عادياً غير مضمون برهن ولا بكفالة عينية[3]. وإذا كان التزام الكفيل مماثلا للالتزام المكفول . ولكن الدائن بعد ذلك خفف من الالتزام المكفول كأن أطال أجله أو قرنه بشرط أو نزل عن جزء منه ، فإن التزام الكفيل يخف بالقدر الذى خفف به الالتزام المكفول .

وإذا كان التزام الكفيل أشد من الالتزام المكفول ، فالجزاء على ذلك ليس هو بطلان التزام الكفيل ، بل إنقاصه إلى أن يبلغ حد الالتزام المكفول[4] . وقد كان المشروع التمهيدى لنص المادة ٧٨٠ يتضمن فقرة ثالثة فى هذا المعنى تنص على ألا تكون « الكفالة التى تجاوز الدين المكفول ، أو التى تعقد بشروط أشد ، صحيحة إلا فى حدود الالتزام الأصلى » ، فحذف هذه الفقرة فى لجنة المراجعة « لأن حكمها مستفاد من حكم الفقرتين الأولى والثانية »[5] . فإذا كان المستحق على المدين الأصلى ألفاً ، وكفله الكفيل

---

(١) ترولون فقرة ١٠١ – پونسو ٩٥ – جيوار فقرة ٦٢ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه لا يجوز أن يشترط على الكفيل فوائد مركبة إذا كانت الفوائد على المدين الأصلى بسيطة ، ولو كان ذلك فى مقابل إعطاء أجل أطول للكفيل (نقض فرنسى ٢ فبراير سنة ١٨٨٦ داللوز ٨٦ – ١ – ٢٣٣ – بودرى وقال فقرة ٩٦٦ ص ٥١٧) .

(٣) جيوار فقرة ١٤ وفقرة ٦٤ – وبرانتون ١٨ فقرة ٣١١ وما بعدها – ترولون فقرة ١٠٨ وما بعدها – پون ٢ فقرة ٧٨ – اوبرى ورو ... أوران ٢٨ فقرة ١٦٢ – بودرى وقال فقرة ٩٦٦ ص ٥١٨ .

(٤) يظهر أن القانون الرومانى كان يقضى ببطلان التزام الكفيل كله ، إذا كان أشد من الالتزام المكفول ، أما القانون الفرنسى القديم فكان يقضى بإنقاص التزام الكفيل (بوتييه فقرة ٣٧٥ – بودرى وقال فقرة ٩٦٩) .

(٥) انظر آنفاً نفس الفقرة فى الهامش .

فى ألف ومائتين ، أنقص التزام الكفيل إلى ألف . وإذا كان التزام الكفيل ينتج فوائد فى حين أن التزام الأصيل لا ينتجها ، كان التزام الكفيل بدفع الفوائد دون التزامه بدفع أصل الدين هو الباطل . وإذا التزم الكفيل بدفع فوائد بسعر أعلى ، أنزلت الفوائد إلى السعر الذى التزم به المدين الأصلى . وإذا التزم المدين الأصلى بدفع فوائد بسيطة والتزم الكفيل بدفع فوائد مركبة ، لم يدفع الكفيل إلا فوائد بسيطة كالمدين الأصلى . وإذا التزم الكفيل لأجل أقرب ، مد الأجل ليكون مساوياً لأجل المدين الأصلى . وهكذا .

وإذا كان التزام الكفيل لا يجوز أن يكون أشد من الالتزام المكفول ، فإنه على النقيض من ذلك يجوز أن يكون أهون . فيجوز أن يكفل الكفيل المدين الأصلى فى جزء من الدين ، أو فى الدين دون فوائده وملحقاته[1] ، أو إلى حد أقصى أقل من المبلغ المستحق على المدين[2] أو لأجل أطول من أجل المدين الأصلى . وإذا تكفل الكفيل بالدين الحال كفالة مؤجلة وأضاف الكفيل الأجل إلى نفسه أو اشترط الدائن وقت الكفالة الأجل للكفيل خاصة ، كان التزام الكفيل مؤجلا دون الالتزام المكفول . ويجوز أن يعلق الكفيل التزامه على شرط ، فى حين أن الالتزام المكفول يكون منجزاً غير معلق على شرط[3] . ويجوز أن يشترط الكفيل أن يكون الوفاء بالتزامه فى موطنه ، فى حين أن الوفاء بالالتزام المكفول يكون فى مكان أبعد أو أكثر مشقة . كما يجوز أن يشترط الكفيل ألا يكفل المدين الأصلى إذا شهر إفلاس هذا الأخير[4] ، وعند ذلك تنظر محكمة الموضوع فيما إذا كان إلغاء الحكم

---

(١) أوبرى ورو ٦ فقرة ٤٢٦ ص ٢٧٩ .

(٢) ويبت قاضى الموضوع فيما إذا كان المتعاقدان فى عقد الكفالة قد قصدا أن تشمل الكفالة الفوائد والمصروفات أو لا تشملها ، مفسراً فى ذلك إرادة المتعاقدين (أوبرى ورو ٦ فقرة ٤٢٦ ص ٢٢٤ – بودرى وفال فقرة ٩٩٤ – بلانيول وريبير وساڤاتييه فقرة ١٥٣٢) .

(٣) ويجوز للكفيل أن يؤجل الوفاء بالتزامه إلى وقت موته ، فلا تلتزم فى هذه الحالة إلا تركته (نقض فرنسى ٧ يناير سنة ١٩١٣ داللوز ١٩١٣ – ١ – ٢٠٣) . ويجوز أن يقرن التزامه بأجل ، أو أن يجعل كفالته مقصورة على الديون المعقودة فى خلال أجل معين (بلانيول وريبير وساڤاتييه فقرة ١٥٣٣) .

(٤) بواتييه ٢٦ فبراير سنة ١٩٠٨ – ٢ – ٤٠٥ .

بشهر الإفلاس فى الاستئناف من شأنه أن يعيد الكفالة ، وفيما إذا كانت التسوية القضائية تماثل شهر الإفلاس فتكون هى أيضاً شرطاً فاسخاً لالتزام الكفيل[1] . ويجوز كذلك أن يعلق الكفيل كفالته على منح الدائن للمدين أجلا للوفاء[2] ، أو على وجود ضمانات أخرى للدين غير الكفالة ، أو على استعمال المدين للدين استعمالا معيناً أو لغرض معين [3]. فإذا لم يتحقق الشرط فى الأحوال المتقدمة ، زالت الكفالة[4] .

٣٦ — شمول الكفالة لملحقات الالتزام المكفول — نص قانونى :

تنص المادة ٧٨١ مدنى على ما يأتى :

« إذا لم يكن هناك اتفاق خاص ، فإن الكفالة تشمل ملحقات الدين ومصروفات المطالبة الأولى ، وما يستجد من المصروفات بعد إخطار الكفيل »[5] .

---

(١) بلانيول وريبير وساڤاتييه فقرة ١٥٣٣ ص ٩٨٣ .

(٢) ليون ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٤٨ داللوز ١٩٥٠ — ٢ — ٢١ .

(٣) نقض فرنسى ٢٧ نوفبر سنة ١٩٠٦ داللوز ١٩٠٩ — ١ — ٤٨ .

(٤) بلانيول وريبير وساڤاتييه فقرة ١٥٣٣ ص ٩٨٣ .

(٥) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١١٣٩ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٨٥٠ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٨٤٨ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٧٨١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٤٦٤ — ص ٤٦٦) .

وجاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى خصوص هذا النص : « تنص المادة ٤٩٨ / ٦٠٨ من التقنين الحالى (السابق) على أنه فى حالة عدم وجود شرط صريح لا تكون الكفالة إلا على أصل الدين ، ولا توجب التضامن . ويعاب على هذا النص أنه لم يحدد ملحقات الدين التى لا تشملها الكفالة ، وأنه يفتح بذلك مجالا للشك والخلاف بشأنها ، مع أن التقنين الفرنسى تعرض لها صراحة (م ٢٠١٦) ، كما أن الثابت بإجماع الفقه والقضاء (انظر على الأخص استئناف مختلط ٢٠ فبراير سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ١٦٥ — ٢٣ ديسمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ٧٨ — أبريل سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٣٣) أن المشرع المصرى لم يقصد استبعاد الفوائد التأخيرية ولا المصروفات الخاصة بالمطالبة الأولى أو المصروفات اللاحقة لمطالبة الكفيل ، وهى التى يدخلها جميعاً التقنين الفرنسى (م ٢٠١٦) صراحة فى نطاق الكفالة . وكأن المشرع المصرى إذن حين نص فى المادة ٤٩٨ / ٦٠٨ على أن الكفالة لا تمتد إلى توابع الدين ، إنما قصد حالة الدين المؤجل الذى يذكر مقداره فى العقد ، فإن —

ويفترض هذا النص أن الكفيل قد كفل الالتزام المكفول كله دون نقص أو زيادة[1] ، وليس هناك اتفاق خاص بملحقات الدين بل كانت مسكوتاً عنها ، ويراد تحديد مدى التزام الكفيل . ولا شك فى أن التزام الكفيل فى هذه الحالة مماثل للالتزام المكفول ، مقداراً وشروطاً وعبئاً وموعد حلول ومكان وفاء وغير ذلك مما يحدد الالتزام المكفول . وكما أن الالتزام المكفول يشمل ملحقاته ، كذلك يشملها التزام الكفيل ، فيشمل فوائد

= كفالته لا تشمل الفوائد فى المدة من وقت العقد إلى حلول الأجل إلا إذا اشترط ذلك (راجع استئناف مختلط ٤ مايو سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٨٧) . ولكن هذا الفرض نادر فى العمل ، لأنه قلما يغفل سند الدين عن اشتراط الفوائد . أما نص الفقرة الثانية من المادة ٤٩٨ / ٦٠٨ مصرى فلا صلة له مطلقاً بفقرتها الأولى ، إذ هو يعرض للكفالة التضامنية ، وليس هنا محل الكلام عنها . لذلك فضل المشروع أن ينقل نص المادة ٧١٤ من المشروع الفرنسى الإيطالى . ويمتاز هذا النص بأنه فضلا عن تحديده للملحقات ، يدخلها ضمن الكفالة . وهو الحكم الواجب الأخذ به كما رأينا . كذلك يمنينا النص الجديد فى الوقت نفسه من المادة ٤٩٩ / ٦٠٩ من التقنين الحالى (السابق) ، لأن الكفالة القضائية سيرد الكلام عنها فى باب الكفالة التضامنية على العموم » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٤٦٥) .

ويقابل النص فى التقنين السابق المادة ٤٩٨ / ٦٠٨ : فى حالة عدم وجود شرط صريح ، لا تكون الكفالة إلا على أصل الدين ، ولا توجب التضامن .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٧٤٧ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٩٩٠ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ١٠١٥ (مطابق) .

قانون الموجبات والعقود اللبنانى م ١٠٦٦ : إذا لم تكن الكفالة محددة صراحة بمبلغ المين أو بجزء معلوم من الدين فإن الكفيل يضمن أيضاً بدل العطل والضرر والمصاريف التى حكم بها على المديون الأصلى لعدم تنفيذه الموجب . ولا يكون الكفيل مسئولا عن الموجبات الجديدة التى عقدها المديون الأصلى بعد إنشاء الالتزام المكفول . غير أن إذا كان الكفيل قد كفل صراحة تنفيذ كل ما التزمه المديون بسبب العقد ، كان مسئولا كالمديون الأصلى عن جميع الموجبات التى يمكن أن يكون هذا المديون مسئولا عنه بمقتضى العقد .

(١) أو كفل الالتزامات الناشئة عن عقد معين . وقد نصت الفقرة الأخيرة من المادة ١٠٦٦ لبنانى على أنه « إذا كان الكفيل قد كفل صراحة تنفيذ كل ما التزمه المديون بسبب العقد ، كان مسئولا كالمدين الأصلى عن جميع الموجبات التى يمكن أن يكون هذا المديون مسئولا عنها بمقتضى العقد » .

الدين[١] ، والتعويض عن عدم التنفيذ[٢] ومسئولية المدين العقدية . فمن كفل المستأجر مثلا فى عبارات عامة ودون قيد ، كفل ما يكون مستحقاً على المستأجر من الأجرة ومن تعويض ، ويشمل ذلك التعويض عن حريق العين المؤجرة[٣] ، ولكن لا يشمل التزامات المستأجر بعد تجديد عقد الإيجار إلا بشرط صريح[٤] . ومن كفل حساباً جارياً ، كفل كل بنود هذا الحساب لأنها غير قابلة للتجزئة[٥] .

أما المصروفات فيضمنها الكفيل على الوجه الآتى : لما كان الدائن لا بد أن يبدأ بمطالبة المدين الأصلى بالدين ، فمصروفات هذه المطالبة الأولى يضمنها الكفيل على كل حال . وما يتلو بعد ذلك من المصروفات لا يضمنها الكفيل ، إلا إذا كانت قد صرفت بعد أن يخطره الدائن بمطالبته للمدين المطالبة الأولى[٦] . على أن المصروفات التى يضمنها الكفيل يجب ألا يكون مبالغاً فيها ، وأن يكون الدائن لم يسرف فيها ، أما إذا كان الإسراف راجعاً إلى عمل المدين فإن الكفيل يضمنها[٧] . ويضمن الكفيل كذلك الالتزامات الإضافية التى يضعها قانون جديد صدر بعد الكفالة على عاتق المدين[٨] .

---

(١) ويضمن الكفيل فوائد الدين حتى لو شهر إفلاس المدين الأصلى ، فإن شهر الإفلاس لا يوقف الفوائد إلا بالنسبة لدائنى التفليسة (بلانيول وريبير وساڤاتييه فقرة ٩٩٦ مكررة ص ٥٣٥) .

(٢) م ١٠٦٦ لبنانى – بودرى وڤال فقرة ٩٩٦ مكررة ص ٥٣٥ .

(٣) أوبرى ورو ٦ فقرة ٤٢٦ ص ٢٨٠ – بلانيول وساڤاتييه فقرة ١٥٣١ ص ٩٨١ هامش ٧ .

(٤) أوبرى ورو ٦ فقرة ٤٢٦ ص ٢٧٩ – بودرى وڤال فقرة ٩٩٦ – بلانيول وريبير وساڤاتييه فقرة ١٥٣١ ص ٩٨٢ .

(٥) أوبرى ورو ٦ فقرة ٤٢٦ ص ٢٨٠ – بلانيول وريبير وساڤاتييه فقرة ١٥٣١ ص ٩٨٢ .

(٦) أوبرى ورو ٦ فقرة ٤٢٦ ص ٢٧٩ – ٢٨٠ – بودرى وڤال فقرة ٩٩٨ – بلانيول وريبير وساڤاتييه فقرة ١٥٣٠ ص ٩٨١ .

(٧) بلانيول وريبير وساڤاتييه فقرة ١٥٣٠ ص ٩٨١ وهامش ١ – بوردو ١٩ يوليه سنة ١٨٤٩ داللوز ١٨٥٠ – ٢ – ٥٩ .

(٨) بلانيول وريبير وساڤاتييه فقرة ١٥٣٠ ص ٩٨١ – كولمار ٢٥ نوفبر سنة ١٩٣٢ داللوز ١٩٣٣ – ٢ – ٩٦ .

ويضمن الكفيل مسئولية المدين العقدية ، حتى فى حالة فسخ العقد ، وحتى فى حالة مسئولية المدين العقدية عن الغير ، وحتى لو كان التعويض عن المسئولية محدداً فى شرط جزائى ، وقد رأينا تطبيقاً لكفالة مسئولية المدين العقدية فى كفالة مسئولية المستأجر عن الحريق[1] .

ولكن الكفيل لا يضمن مسئولية المدين التقصيرية إلا إذا وجد شرط صريح ، ومن باب أولى لا يضمن مسئولية الغير التقصيرية[2] . على أن الكفيل لممول يضمن لمصلحة الضرائب ، فوق المستحق على الممول ، الغرامات التى توقع على هذا الأخير للغش[3] .

ويضمن الكفيل كذلك فوائد التأخير ، إذا تأخر المدين عن دفع المستحق فى ذمته[4] . ويضمن الكفيل لفتح اعتماد إلى حد معين هذا الحد وملحقاته ، ويدخل فى ذلك السمسرة (commissions) التى تعتبر من ملحقات فتح الاعتماد[5] . كما يدخل ضمن الملحقات ، فيضمنها الكفيل ، مصروفات عقد الدين التى قدمها الدائن ، كمصروفات كتابة العقد وأتعاب المحاماة والتسجيل أو التصديق على الإمضاء بحسب الأحوال[6] .

ولكن لا يضمن الكفيل الالتزامات التى نشأت عن سبب غير العقد المكفول ، فلا يضمن التعويض عن الضرر الذى أحدثه الشىء المرهون رهن حيازة ، ولا الغرامات التى تدفع على المحاسب الذى ضمنه الكفيل[7] ،

---

(١) بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٣١ .

(٢) بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٣١ .

(٣) بودرى وقال فقرة ٩٩٦ مكررة ص ٥٣٥ .

(٤) جيوار فقرة ٧ – بودرى وقال فقرة ٩٩٦ مكررة ص ٥٣٥ .

(٥) بودرى وقال فقرة ٩٩٧ .

(٦) بودرى وقال فقرة ١٠٠٠ – وإذا زور المدين عقد الكفالة ، فرفع الرقم الذى كفله الكفيل ، لم يكن الكفيل ملزماً ، حتى بالنسبة إلى الغير حسن النية ، إلا فى حدود الرقم المكفول (نقض فرنسى ١٤ مارس سنة ١٨٨٨ سيريه ٨٨ – ١ – ٣٢٧ – بودرى وقال فقرة ١٠٠٢) .

(٧) جيوار فقرة ٨٠ – بون ٢ فقرة ١٠٩ – بودرى وقال فقرة ١٠٠٣ .

ولا الالتزامات التي عقدها المدين الأصلي بعد إنشاء الالزام المكفول (م ١٠٦٦ من قانون الموجبات والعقود اللبناني) .

٢٧ – كفالة الدين التجاري تعتبر عملا مدنيا فيما عدا استثناءات معينة — نص قانوني : تنص المادة ٧٧٩ مدني على ما يأتي :

« ١ – كفالة الدين التجاري تعتبر عملا مدنياً ، ولو كان الكفيل تاجراً » .

« ٢ – على أن الكفالة الناشئة عن ضمان الأوراق التجارية ضماناً احتياطياً ، أو عن تظهير هذه الأوراق ، تعتبر دائماً عملا تجارياً »[1] .

ويخلص من النص المتقدم أن الأصل في الكفالة أن تعتبر عملا مدنياً . وتبقى الكفالة عملا مدنياً ، بالنسبة إلى الكفيل[2] ، حتى لو كان الالتزام المكفول التزاماً تجارياً ، وذلك استثناء من القاعدة التي تقضي بأن التزام الكفيل تابع للالتزام المكفول فكان الواجب أن يكون التزام الكفيل التزاماً تجارياً كالالتزام المكفول . بل تبقى الكفالة عملا مدنياً ، حتى لو كان

---

(١) تاريخ النص : لم يرد هذا النص في المشروع التمهيدي ، على أنه عرض على لجنة الأستاذ كامل صدقي فقررت اللجنة حذفه . ولكن لجنة المراجعة أضافت النص المحذوف إلى المشروع النهائي تحت رقم ٨٤٨ ، لأن المسألة التي يعرض لها النص « محل خلاف في القضاء وتستدعي المصلحة حسم هذا الخلاف بنص تشريعي » . ووافق مجلس النواب تحت رقم ٨٤٦ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٧٧٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٤٥٨ – ص ٤٦١) .

ولا مقابل للنص في التقنين المدني السابق .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٧٤٥ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٧٨٨ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١٠١٦ (مطابق) .

قانون الموجبات والعقود اللبناني لا مقابل .

(٢) ولكنها تعتبر عملا تجاريا بالنسبة إلى الدائن إذا كان حقه تجاريا (نقض فرنسي ٢٥ أكتوبر سنة ١٩٢١ سيريه ١٩٢٢ –١– ٢٧٨ – ١٧ ديسمبر ١٩٣٤ سيريه ١٩٣٦ –١– ٢٨٧ – بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥١١ ص ٩٦٧) .

الالتزام المكفول التزاماً تجارياً ، وكان كل من الدائن والمدين تاجراً وكان الكفيل نفسه تاجراً أيضاً . وهذا ما أجمع عليه القضاء والفقه فى فرنسا ، والسبب فى ذلك أن العمل التجارى يجب أن يكون قائماً على فكرة المضاربة (spéculation) ، والأصل فى الكفالة أن يكون الكفيل متبرعاً لا مضارباً فهو إذن لا يقوم بعمل تجارى بل بعمل مدنى[١] . وتظهر أهمية أن الكفالة هى فى الأصل عمل مدنى من جانب الكفيل فى الاختصاص فتكون المحكمة المدنية هى المختصة إذا كان الكفيل هو المدعى عليه ، وفى الإثبات فتثبت الكفالة بالنسبة إلى الكفيل بالطرق المدنية فى الإثبات فتجب الكتابة أو ما يقوم مقامها إذا كان التزام الكفيل أكثر من عشرين جنيها ، وفى سعر الفائدة فتحسب الفوائد التأخيرية على الكفيل بالسعر المدنى (٤ ٪) لا بالسعر التجارى (٥ ٪)[٢] .

والنص سالف الذكر (م ٧٧٩ مدنى) لم يورد إلا استثنائين للقاعدة التى تقضى بأن الأصل فى الكفالة أن تكون عملا مدنياً ، فتكون الكفالة تجارية فى القانون فى الحالتين الآتيتين :

(أولا) إذا كانت الكفالة ناشئة عن ضمان الأوراق التجارية ضماناً احتياطياً (aval) . والأوراق التجارية هى الكمبيالة والسند الإذنى والشيك . ونصوص التقنين التجارى فى هذه المسألة ، وهى لا تسرى فحسب على الكمبيالة بل أيضاً على السند الإذنى والشيك ، هى : (١) م ١٣٨ تجارى ،

---

(١) نقض فرنسى ٢١ نوفبر سنة دد١٨ داللوز ٥٥ - ١ - ٤٥٩ - ١٦ مايو سنة ١٨٦٦ داللوز ٦٦ - ١ - ٢٠٩ - ١٣ أغسطس سنة ١٨٧٢ داللوز ٧٤ - ١ - ٧٧ - ٢١ - مايو سنة ١٩٠٦ سيريه ١٩٠٦ - ١ - ٤٣٣ - ٢٥ أكتوبر سنة ١٩٢١ سيريه ١٩٢٢ - ١ - ٢٧٨ - پون ٢ فقرة ٨١ - لوران ٢٨ فقرة ١٦٥ - ليون كان ورينو فى القانون التجارى ١ فقرة ١٨٢ - جيوار فقرة ١٦ - أوبرى ورو ٦ فقرة ٤٢٣ ص ٢٧٠ - بودرى وفال فقرة ١١٩٧ - پلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥١١ .

(٢) وهناك رأى فى الفقه الفرنسى (پون ٢ فقرة ٨١ - لوران ٢٨ فقرة ١٦٦ - جيوار فقرة ١٦) يذهب إلى أن الكفالة تكون تجارية إذا كان الكفيل له مصلحة فيها ، ولكن هذا الرأى لم يسد إذ أن العبرة ليست بمجرد المصلحة بل بالمصلحة التجارية (بودرى وفال فقرة ١١٩٨ ص ٦٣٠) .

وتنص على أن « دفع قيمة الكمبيالة ، فضلا عن كونه مضموناً بقبولها وتحويلها ، يجوز ضمانه من شخص آخر ضماناً احتياطياً . ويكون ذلك بكتابة على ذات الكمبيالة أو فى ورقة مستقلة أو بمخاطبة » . (٢) م ١٣٩ تجارى ، وتنص على أن « الضمان الاحتياطى يكون عن الساحب أو المحيل ، ويلزم الضامن احتياطاً بالوفاء على وجه التضامن بالأوجه التى يلزم المضمون على سحبها ، ما لم توجد شروط خلاف ذلك بين المتعاقدين » . (٣) م ١٤٠ تجارى ، وتنص على أنه « لا يجوز تضامن ساحب الكمبيالة ضماناً احتياطياً أن يحتج بعدم عمل البروتستو ، إلا فى الحالة التى يسوغ فيها للساحب الاحتجاج به » . (٤) م ١٤١ تجارى ، وتنص على أنه « يلزم إعلان البروتستو إلى ضامن محيل الكمبيالة ضماناً احتياطياً ، كما يلزم إعلانه لنفس المحل المذكور ، وإن لم يحصل ذلك سقط حق الرجوع على الضامن » .

ولا حاجة إلى شرح هذه النصوص ، فهذا من مباحث القانون التجارى . ويكفى هنا أن نقول إن التزام الضامن الاحتياطى (aval) ، وهو كفيل للساحب أو للمحيل ، يعتبر التزاماً تجارياً لا التزاماً مدنياً .

(ثانياً) إذا كانت الكفالة ناشئة عن تظهير (endossement) ، الأوراق التجارية ، وذلك فى تحويل الأوراق التجارية الإذنية . ونصوص التفتيش التجارى فى هذه المسألة ، وهى لا تسرى فحسب على الكمبيالة بل أيضاً على السند الإذنى والشيك ، هى : (١) م ١٣٣ تجارى ، وتنص على أن « الكمبيالة المحررة لحاملها تنتقل ملكيتها بمجرد تسليمها . أما ملكية الكمبيالة التى يكون دفعها تحت الإذن ، فتنتقل بالتحويل » . (٢) م ١٣٧ تجارى ، وتنص على أن « ساحب الكمبيالة وقابلها ومحيلها ملزمون لحاملها بالوفاء على وجه التضامن » .

ولا حاجة هنا أيضاً إلى شرح هذه النصوص ، فهذا من مباحث القانون التجارى . ويكفى هنا أن نقول إن الورقة التجارية الإذنية تنتقل ملكيتها بالتحويل ، والتحويل يتم بالتظهير . وكل محيل للورقة التجارية الإذنية يعتبر

كفيلا بالتضامن مع المدين ، والالتزام الذى يترتب فى ذمته باعتباره كفيلا يعتبر التزاماً تجارياً لا التزاماً مدنياً[١] .

المبحث الثانى

الاتفاق بين الكفيل والدائن

(عقد الكفالة)

٢٨ — طرفا الكفالة الكفيل والدائن دون المدين — نص قانونى : تنص المادة ٧٧٥ مدنى على ما يأتى :

« تجوز كفالة المدين بغير علمه ، ويجوز أيضاً رغم معارضته »[٢].

---

(١) وفى القانون الفرنسى تعتبر الكفالة تجارية ، إلى جانب هاتين الحالتين الاستثنائيتين اللتين نص عليهما التقنين المدنى المصرى ، إذا كان للكفيل فيها مصلحة تجارية (نقض فرنسى ٥ يناير سنة ١٨٥٩ داللوز ٥٩ — ١ — ٤٠٣ — ٣١ يناير سنة ١٨٧٢ داللوز ٧٢ — ١ — ٢٠٢ — ٢٧ يونيه سنة ١٨٨٨ داللوز ٨٩ — ١ — ١١٥ بودرى وڤال فقرة ١١٩٨ ص ٦٣١ — ص ٦٣٢ — بلانيول وريبير وساڤاتييه فقرة ١٥١١ ص ٩٦٧) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١١٣٤ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « تصح كفالة المدين بغير أمره ، بل تصح حتى بدون علمه » . وعدلت لجنة المراجعة النص ، تحت رقم ٨٤٤ فى المشروع النهائى ، فأصبح مطابقاً عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٨٤٣ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٧٧٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٤٤٠ — ص ٤٤٣) .

وجاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « هذه المادة مقتبسة من المشروع الفرنسى الإيطالى (م ٧١٢) . وهى تقرر الحكم الوارد بالتقنين المصرى (م ٤٩٥ فقرة أخيرة / ٦٠٥ فقرة أخيرة) ، وهو حكم طبيعى تقتضيه القواعد العامة ما دامت الكفالة عقداً بين الكفيل والدائن يتم بمجرد توافق إرادتيهما دون حاجة لرضاء المدين أو علمه . وقد لا يكون هناك موجب لإيراد النص سوى الرغبة فى بيان أن المشرع المصرى خرج فى هذا الصدد عن أحكام الشريعة الإسلامية (م ٨٦٢ من مرشد الحيران) ، وهى تحرم الكفيل الذى يضمن المدين بدون علمه أو رغم عدم رضاه من حق الرجوع عليه (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٤٤٢) .

ويقابل النص فى التقنين المدنى السابق المادة ٤٩٥ فقرة أخيرة / ٦٠٥ فقرة أخيرة : وتجوز الكفالة بالدين بدون علم المدين بها .

والسبب فى ذلك أن الكفالة عقد طرفاه الكفيل والدائن ، أما المدين فليس طرفاً فيه . فالمطلوب إذن هو رضاء الكفيل والدائن طرفى العقد ، ولا حاجة إلى رضاء المدين . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا المعنى : « وهو حكم طبيعى تقتضيه القواعد العامة ، ما دامت الكفالة عقداً بين الكفيل والدائن يتم بمجرد توافق إرادتيهما ، دون حاجة لرضاء المدين أو علمه »[1] . فقد تعقد الكفالة بين الكفيل والدائن ، وذلك دون إذن من المدين . بل قد تعقد الكفالة بين طرفيها ، دون علم المدين . وأخيراً قد تعقد الكفالة بين طرفيها ، وذلك بالرغم من معارضة المدين . والفرق ما بين هذه الصور المختلفة لا يكون فى انعقاد الكفالة ، فهى تنعقد فى جميع هذه الصور بمجرد توافق إرادتى الكفيل والدائن كما سبق القول . وإنما يظهر الفرق عند رجوع الكفيل على المدين إذا وفى عنه الدين ، كما سنرى . فإذا كانت الكمبيالة قد عقدت بإذن المدين ، رجع الكفيل عليه بدعوى الوكالة . وإذا عقدت بعلم المدين أو بغير علمه ، ولكن دون إذنه ، رجع الكفيل على المدين بدعوى الفضالة . وإذا عقدت بالرغم من معارضة المدين ، رجع الكفيل على المدين بدعوى الإثراء بلا سبب[2] .

— ايقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٧٤١ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٧٨٤ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى لا مقابل .

قانون الموجبات والعقود اللبنانى م ١٠٦٢ : تجوز كفالة الموجب بدون علم المديون الأصلى ، وبالرغم من مشيئته . أما الكفالة المعطاة بالرغم من منع المديون الصريح فليس من شأنها أن تنشئ رابطة قانونية بينه وبين الكفيل ، بل يكون الكفيل ملزما تجاه الدائن فقط .

(١) انظر نفس الفقرة فى الهامش .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن نص المادة ٤٩٥ مدنى (قديم) صريح فى أن الكفالة تقع صحيحة ولو لم يعلم بها المدين ، فسيان إذن إن كان راضياً بها أم غير راض (نقض مدنى ٤ مايو سنة ١٩٣٣ مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض فى ٢٥ عاماً الجزء الثانى ص ٩٣٦ رقم ١) .

والظاهر أن الكفيل لا يرجع على المدين فى الفقه الحنفى إلا إذا عقدت الكفالة بأمر المدين ، فقد جاء فى المادة ٦٨٢ من مرشد الحيران : « إذا أدى الكفيل ما كفل به من —

على أن الكفالة تعقد عادة بإذن المدين . بل بناء على طلبه إذ أن الكفيل إنما يتقدم لمساعدته بكفالته . فتسبق الكفالة عادة طلب من المدين يوجهه إلى الكفيل ليكفله . فإذا رضى الكفيل بكفالته . عقد الكفالة مباشرة مع الدائن دون تدخل المدين . أو كما يقع فى كثير من الأحيان ذيل الكفيل سند المديونية بين المدين والدائن بإمضائه بوصف أنه كفيل[١]. فإذا ما فعل شيئاً من ذلك . ثم وفى الدين عن المدين . رجع عليه بدعوى الوكالة . إذ أن طلب المدين من الكفيل كفالته يعتبر توكيلا له فى الكفالة . وقد تكون العلاقة بين الكفيل والمدين وقت الكفالة أوثق من ذلك . فيكفل الكفيل المدين متضامناً معه . وللكفيل المتضامن مع المدين أحكام يقتضيها هذا التضامن سيأتى ذكرها . والكفيل المتضامن مع المدين غير الكفيل المتضامن مع الكفلاء الآخرين . وسيأتى أيضاً بيان حكم الكفيل المتضامن مع الكفلاء الآخرين . وقد يكون الكفيل متضامناً مع المدين ومع الكفلاء الآخرين فى وقت واحد . فيكون كل من الكفلاء والمدين متضامناً مع الآخرين ، وفى هذا ضمان قوى للدائن إذ يضم إلى ذمة مدينه ذمم كفلاء متعددين ، ويجعل هذه الذمم جميعاً ومنها ذمة مدينه متضامنة .

وقد تعقد الكفالة بين الدائن وكفيل الكفيل أو المصدق (certificateur) فيكون هناك عقدان ، إحداهما بين الدائن والكفيل وهو عقد الكفالة المعتاد ، والثانى بين الدائن وكفيل الكفيل يكفل بموجبه كفيل الكفيل الكفيل ، وينزل

= ماله ، فله الرجوع بما أدى على الأصيل إن كانت الكفالة بأمر الأصيل » . وفى قانون الموجبات والعقود اللبنانى لا يرجع الكفيل على المدين بشئ إذا عقد الكفالة بالرغم من منع المدين الصريح ، فقد جاء فى المادة ١٠٦٢ من هذا القانون : « تجوز كفالة الموجب بدون علم من المديون الأصلى ، وبالرغم من مشيئته . أما الكفالة المعطاة بالرغم من منع المديون الصريح فليس من شأنها أن تنشئ رابطة قانونية بينه وبين الكفيل ، بل يكون الكفيل ملزماً تجاه الدائن فقط » .

(١) ولكن مجرد توقيع شخص إلى توقيع المدين ، دون بيان الصفة التى كان بها هذا التوقيع ، لا يكفى لحمله على أنه توقيع كفيل ، إذ قد يكون الشخص قد وقع كشاهد لا ككفيل (بودرى وقال فقرة ٩٢٩ ص ٤٩٣) .

منه منزلة الكفيل كما ينزل الكفيل من كفيل الكفيل منزلة المدين الأصلي . وسيأتي فيما يلي حكم كفيل الكفيل[١] .

٢٩ — التراضي بين الكفيل والدائن : ولما كانت الكفالة عقداً بين الكفيل والدائن كما قدمنا ، فإنها تقتضي التراضي بين الكفيل والدائن ، فيتفق الاثنان على أن الكفيل يكفل المدين الأصلي . ولا يكفي رضاء الكفيل وحده ، بل يجب أيضاً حتى يتم العقد من رضاء الدائن بالكفالة ولو رضاء ضمنياً[٢] . وذلك حتى لو كان الكفيل متبرعاً بكفالته كما هو الغالب ، وذلك كعقد الهبة لا بد فيه من رضاء الموهوب له .

أما رضاء الكفيل فجوهري ، لأن الكفيل هو الذي يلتزم بعقد الكفالة . ولا بد أن يرضى الكفيل بالكفالة ، ويعبر عن هذا الرضاء تعبيراً واضحاً . فمجرد توصية شخص للدائن بأن يثق بمدينه لأن هذا المدين مليء ولأنه يبادر إلى تنفيذ التزامه ، حتى لو كانت هذه التوصية قد أتت بعد سؤال الدائن هذا الشخص عن حالة المدين ، لا يعد رضاء من هذا الشخص بكفالة المدين إذ لا بد من أن يرضى هذا الشخص بكفالة المدين رضاء واضحاً ، وأن يعقد مع الدائن عقد كفالة[٣] . ولكن إذا كانت هذه التوصية خاطئة عن عمد أو عن رعونة وتسرع ، وتبين أن المدين غير مليء أو لا يستحق هذه التزكية ، فإن الشخص الذي صدرت منه هذه التوصية ، دون أن يكون ملزماً ككفيل ، يكون مسئولا مسئولية تقصيرية نحو الدائن الذي اعتمد على توصيته وتعامل مع المدين[٤] . على أن رضاء الكفيل بالكفالة قد يتخذ أية صورة من الصور ما دام رضاء واضحاً ، فقد يبرم الكفيل عقد كفالة بينه وبين الدائن ، وقد

---

(١) انظر ما يلي فقرة ٥٢ .

(٢) ويعتبر اتخاذ الدائن الإجراءات ضد الكفيل رضاء ضمنياً بالكفالة (جيوار فقرة ٤٣ — بودري وفال فقرة ٩٢٩ ص ٤٩٤) .

(٣) بودري وفال فقرة ٩٢١ وفقرة ٩٢٩ — بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٢٠ ص ٩٧٢ — وانظر أيضاً لوران ٢٨ فقرة ١٠٤ وما بعدها — جيوار فقرة ٢٩ .

(٤) بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٢٠ ص ٩٧٢ .

تمضى سند المديونية بين المدين والدائن بصفة أنه كفيل للمدين كما سبق القول . وقد يتخذ صورة كتاب يرسله الكفيل للدائن يكفل فيه المدين . وقد يعبر الكفيل عن معنى الكفالة بأى تعبير ملائم ودون أن يستعمل لفظ الكفالة[١] . فيكتب ابن المدين للدائن مثلا أن ما يلتزم به أبوه نحو الدائن أمر مقدس عنده لا نحيد عنه ويقوم هو بتنفيذه . فيعتبر هذا تعبيراً كافياً عن رضاء الابن بكفالة أبيه[٢] . ورضاء الكفيل بالكفالة رضاء واضحاً لا يجعل فحسب الكفيل ملتزماً بكفالته . بل أيضاً يميز الكفيل عن مدين أصلى التزم مع المدين الأصلى بالتضامن . وذلك حتى لو التزم الكفيل بالتضامن مع المدين الأصلى . فهنالك فرق بين الكفيل المتضامن مع المدين والمدين الأصلى المتضامن مع مدين أصلى آخر[٣] .

ويصح أن يتم التراضى بين الكفيل والدائن ، لا على عقد الكفالة ، بل على وعد بالكفالة . فيعد الملتزم الدائن بأن يكفل الدين الذى لم يترتب بعد فى ذمة المدين . فإذا ما ترتب الدين فى ذمة المدين ، وجب على الواعد

---

(١) بودرى وفال فقرة ٩٢٩ ص ٤٩٣ .

(٢) پلانيول وريپير وسافاتييه فقرة ١٥٢٠ ص ٩٧٢ .

(٣) نقض فرنسى ٣ فبراير سنة ١٨٨٦ داللوز ٨٦ - ١ - ٤٦٩ - پلانيول وريپير وسافاتييه فقرة ١٥٢٠ ص ٩٧٣ هامش ١ .

وقد قضت محكمة النقض فى مصر بأن جسامة الخطر الذى ينشأ عنه الإكراه إنما تقدر بالمعيار النفسى للشخص الواقع عليه الإكراه ، وهو يستدعى مراعاة حالته عملا بأحكام المادة ١٣٥ من القانون المدنى (القديم) . فإذا كان الكفيل قد دفع ببطلان الكفالة للإكراه ، قولا منه بأنه كان له فى ذمة المكفول له دين بسند مستحق وقت الطلب ، فضاع منه السند ، فلجأ إلى مدينه ليكتب له بدلا منه ، فأبى إلا إذا وقع هو له إقراراً بكفالة أخيه فى دين له قبله ، فلم يجد مناصاً من القبول . فرد الحكم على هذا الدفع بأن فقد سند الدين لم يكن ليؤثر فى إرادة الكفيل ، وهو رجل مثقف خبير بالشئون والمعاملات المالية ، إلى الحد الذى يعيب رضاءه بكفالة أخيه ، فهذا رد سديد . وإذا كان الحكم بعد ذلك قد قال بأن فقد السند بحكم كونه وأخته لا يد للمكفول له فيها لا يكون الإكراه المبطل المقصود ، فهذا تزيد منه لا يعيبه أن يكون قد أخطأ فيه (نقض مدنى أول أبريل سنة ١٩٤٨ مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض فى ٢٥ عاماً الجزء الثانى ص ٩٣٦ رقم ٢) .

كفالته . فإن لم يكفله أجبر على ذلك ، وصدر حكم من القضاء باعتبار الواعد كفيلا للمدين تسرى عليه جميع أحكام الكفالة[1] . ولكن لا بد من أن يقبل الدائن الوعد حتى يتم عقد الوعد بالكفالة . وقبل قبول الدائن لا يكون هناك لا كفالة ولا وعد بالكفالة . أما إذا صدر الوعد للمدين لا للدائن ، وقبله المدين ، جاز للدائن أن يستخلص من ذلك اشتراطاً لمصلحته فيتولد له حق مباشر من هذا الاشتراط . إذا تمسك به أمكنه أن يلزم الواعد بوعده . وأهمية هذه الصورة فى العمل هى فى أن المدين يستطيع أن يحصل من شخص على وعد بالكفالة ، حتى قبل أن يعرف الدائن وقبل أن ينشأ الدين ، فإنه يجوز الاشتراط لمصلحة شخص غير معلوم وغير معين[2] .

٣٠ — شكل الكفالة : الكفالة من عقود التراضى لا يشترط فى انعقادها شكل خاص[3] ، بل كل تعبير عن الإرادة يفيد الرضاء من جانب الكفيل ومن جانب الدائن يكفى لانعقادها ، وقد تقدم بيان ذلك .

غير أن هناك فرقاً بين رضاء الكفيل ورضاء الدائن . فالكفيل عادة متبرع ، فيجب أن يكون رضاؤه واضحاً كما سبق القول . وكثيراً ما يتورط الكفيل فى التزامه بالكفالة ، ويخيل إليه عند الإقدام عليها أن المدين الذى كفله سيقوم بتنفيذ التزامه . ثم ما يلبث أن يتبين أن المدين غير قادر على الوفاء بالتزامه ، إما من الوقت الذى أصبح فيه مديناً أو بعد ذلك لظروف جدت ، فيرجع الدائن على الكفيل ليقوم عن المدين بوفاء الالتزام . وقد يعرض الكفيل نفسه لخسارة كبيرة ، بل قد يعسر أو يفلس كنتيجة مباشرة

---

(١) بلانيول وريبير وساڤاتييه فقرة ١٥٢٠ ص ٩٧٣ – وانظر جيوار فقرة ٢٨ – بودرى وڤال فقرة ٩٢٧ – وقد نصت المادة ١٠٦٠ من قانون الموجبات والعقود اللبنانى على « أن التعهد بكفالة شخص ليس بكفالة ، على أنه يحق للمتعهد له أن يطالب بإتمام الكفالة ، وإلا كان له أن يطالب ببدل العطل والضرر » .

(٢) بودرى وڤال فقرة ٩٢٨ – عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٣٢ .

(٣) نقض فرنسى ٢٦ يناير سنة ١٩٢٦ – ١ – ٣٥٣ – د ن ٢ فقرة ٩١ – ترولون فقرة ١٣٥ – أوبرى ورو ٦ فقرة ٤٢٤ ص ٢٧٣ وهامش ١ و ٢ – بودرى وڤال فقرة ٩٢٦ .

لكفالته مديناً معسراً . لذلك تعبر الناس عن هذه الحقيقة التي تقع كثيراً في العمل بقولهم « الضامن غارم » . من أجل ذلك اشترط التقنين المدني الفرنسي أن يكون رضاء الكفيل بالكفالة رضاء صريحاً (exprès) . فلا يصح أن يستخلص رضاؤه ضمناً من الظروف . فنصت المادة ٢٠١٥ من هذا التقنين على أن « الكفالة لا تفترض بل يجب أن تكون صريحة . ولا يجوز التوسع فيها إلى أبعد من الحدود التي عقدت الكفالة في نطاقها » . والمقصود بالكفالة في النص هو دون شك رضاء الكفيل لا رضاء الدائن ، فالكفيل هو الذي يتعرض لمخاطر الكفالة في حين أن الدائن يجني فائدتها . لذلك اشترط التقنين المدني الفرنسي أن يكون رضاء الكفيل بالكفالة وتعريض نفسه لمخاطرها رضاء صريحاً . ولا يكفي الرضاء الضمني . ولم يرد في التقنين المدني المصري نص يقابل نص المادة ٢٠١٥ فرنسي . لكن لا شك في أن رضاء الكفيل بالكفالة في القانون المصري يجب أن يكون واضحاً وضوحاً كافياً كما سبق القول . فإذا غم الأمر وجب التسليم بأن رضاء الكفيل لا يعتد به لأنه غير واضح[١] .

وهذا بخلاف رضاء الدائن . فإن الكفالة تكون عادة لمصلحته . لذلك لا يشترط في رضائه أن يكون صريحاً . بل ولا أن يكون واضحاً . فيكفي استخلاص هذا الرضاء من الظروف والقرائن . ولذلك جاز أن يكون قبول الدائن بالكفالة قبولا ضمنياً . وقد قضى بأنه يعتبر رضاء ضمنياً من الدائن بالكفالة احتفاظه بسندها . وتنفيذ هذا السند على الكفيل[٢] .

---

(١) هذا إلى أن القانون المصري ، كما سنرى (انظر فقرة ٣١) ، لا يجيز إثبات التزام الكفيل إلا بالكتابة ، وفي كتابة التزام الكفيل ضمان كاف لجعله واضحاً ، بل لجعله صريحاً . وقد استعاض التقنين المدني المصري عن اشتراط جعل رضاء الكفيل صريحا ، بجعل إثبات هذا الرضاء بالكتابة . ويذهب بعض الفقهاء في مصر إلى وجوب أن يكون رضاء الكفيل صريحاً ، ولو لم يوجد نص على ذلك (عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٢٩ – سليمان مرقس فقرة ٧ وفقرة ٢٠ – محمد علي إمام فقرة ٢٧ ص ٤٨ – عكس ذلك جمال الدين زكي فقرة ٢٧ ص ٥٢ – منصور مصطفى منصور فقرة ١٢ ص ٢٨ – ص ٢٩) .

(٢) شامبري ١٥ يوليه سنة ١٩٠١ داللوز ١٩٠٣ – ٢ – ٢٤١ – بودري وقال فقرة ٩٢٦ .

وقد تتخذ الكفالة شكل ورقة تجارية ، كمبيالة أو سند إذنى . والأصل أن التزام الكفيل موقع الورقة التجارية هو التزام أصلى لا التزام كفيل تابع[١] ، ولكن قد يتفق الكفيل مع الدائن على أن يوقع له كمبيالة أو سنداً إذنياً على سبيل الكفالة[٢] . ويكون الكفيل فى هذه الحالة متضامناً مع المدين ، ولكن تسرى عليه أحكام الكفيل ، وبخاصة فى الرجوع على المدين وعلى الكفلاء الآخرين وفى الاحتجاج على الدائن بقدر ما أضاعه هذا بخطأه من الضمانات[٣] . ويلاحظ أن محيلى الورقة التجارية والضامن الاحتياطى إنما هم كفلاء متضامنون مع المدين ، وقد تقدم ذكر ذلك[٤] . والتزام الكفيل بموجب ورقة تجارية يكون التزاماً تجارياً لا مدنياً ، فيكون سعر الفائدة التأخيرية هو السعر التجارى (٥ ٪) أو يكون الاختصاص للقضاء التجارى ، ولا يستطيع الكفيل بالورقة التجارية أن يحتج على الدائن بالدفوع التى يحتج بها المدين الأصلى[٥]. وقد تتخذ الكفالة شكل الاشتراط لمصلحة الغير ، فيتفق المدين مع الكفيل على أن الثانى يكفل الأول ، فيلتزم الكفيل بذلك . ويستخلص الدائن من هذا الاتفاق اشتراطاً لمصلحته فيتولد له حق مباشرة من هذا الاشتراط يستطيع أن يتمسك به ، فيطالب الكفيل بكفالة الدين . ويمكن ، عن طريق الاشتراط لمصلحة الغير على هذا النحو ، كفالة دين مستقبل قبل أن يعرف الدائن[٦] .

---

(١) نقض فرنسى ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٢٧ داللوز ١٩٢٩ – ١ – ١٣ .

(٢) نقض فرنسى ٢٨ أكتوبر سنة ١٨٩٢ داللوز ٩٣ – ١ – ١١٧ .

(٣) نقض فرنسى ١٩ ديسمبر سنة ١٩٢٧ سيريه ١٩٢٨ – ١ – ١٤٠ – ولكن انظر عكس ذلك نقض فرنسى ٢٨ أكتوبر سنة ١٩٥٢ J. C. P. ١٩٥٣ – ٢ – ٧٥٨٨ . ويشترط على كل حال أن يعلم حامل الكبيالة أو السند أن الموقع إنما هو كفيل لا مدين أصلى (بلانيول وريبير وساڤاتييه فقرة ١٥٢٧ ص ٩٧٨ هامش ٥) .

(٤) انظر آنفاً فقرة ٢٧ .

(٥) ولا يعتبر ضامناً احتياطياً (aval) من وقع على ورقة كفالة لأحد المصارف ، إذا لم يبين طبيعة الأشياء والتاريخ والقيمة . فلا يجوز إذن ، إذا لم يفعل ذلك ، أن يطبق عليه القواعد الخاصة بالضامن الاحتياطى ، ومنها مقدار سعر الفوائد (نقض فرنسى ٧ مارس سنة ١٩٤٤ داللوز ١٩٤٥ – ٧٣ – بلانيول وريبير وساڤاتييه فقرة ١٥٢٧ ص ٩٧٨) .

(٦) انظر آنفاً فقرة ٢٩ فى آخرها – بودرى وڤال فقرة ٩٢٨ – بلانيول وريبير وساڤاتييه فقرة ١٥٣٠ ص ٩٧٣ .

٣١ – إثبات الكفالة – نص قانوني : تنص المادة ٧٧٣ مدنى على ما يأتى :

« لا تثبت الكفالة إلا بالكتابة ، ولو كان من الجائز إثبات الالتزام الأصلى بالبينة »[1] .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١١١٣ مكررة من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه من التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٨٤٢ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٨٤١ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٧٧٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٤٢٥ – ص ٤٢٩) .

وجاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « لم يعرض التقنين المصرى (السابق) ، جريا على منوال التقنين الفرنسى ، لإثبات الكفالة ، بل تركه للقواعد العامة . أما التقنينات الحديثة (كالتقنين الألمانى م ٧٦٦ والتقنين السويسرى م ٤٩٣ والتقنين البولونى م ٦٣١) ، فإنها تتطلب فى باب الكفالة الدليل الكتابى . والواقع أنه يجب فيما يتعلق بالكفالة الخروج على القواعد العامة فى الإثبات لأن التزام الكفيل هو أساساً من الالتزامات التبرعية ، فيجب أن يستند إلى رضاء صريح قاطع . وقد يكون من العسير بل قد يستحيل أحياناً تعرف طبيعة تدخل الكفيل ، وتحديد مدى التزامه ، ونوع كفالته ، عن طريق شهادة الشهود وحدها . ولذلك قلما تتم الكفالة عملا بغير كتابة ، كما يندر أن يلجأ الدائن فى دعواه ضد الكفيل إلى الإثبات بالبينة . فلهذه الأسباب قرر المشرع ، حماية للكفيل ، عدم جواز إثبات الكفالة إلا بالكتابة . ويلزم الإثبات الكتابى ، حتى لو كان من الجائز إثبات الالتزام الأصلى بالبينة . وربما يعترض البعض على ذلك بأن الكفيل ، والتزامه ثابت بالكتابة ، سيضطر دائماً إلى الوفاء للدائن ، فى حين أنه فى رجوعه على المدين قد لا يستوفى منه شيئاً لعجزه عن إثبات الالتزام الأصلى بشهادة الشهود . على أن هذا الاعتراض غير جدى فى الواقع ، لأن الكفيل يستطيع تفادى ذلك إما عن طريق التوقيع بالضمان على سند الالتزام ذاته ، أو اشتراط وجود كتابة مثبتة للالتزام ، أو تعليق الكفالة على وجود هذه الكتابة . وفى جميع هذه الحالات تكون الكتابة مثبتة للدين الأصلى ، ومثبتة أيضاً الكفالة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٤٢٦ – ص ٤٢٧) .

ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى السابق ، فكانت الكفالة خاضعة للقواعد العامة من حيث الإثبات .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٧٣٩ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٧٨٢ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى لا مقابل .

ويخلص من هذا النص أن الكتابة ضرورية لإثبات التزام الكفيل[1] ، ولكنها غير ضرورية لانعقاد الكفالة . لذلك ليست الكفالة بعقد شكلى بل هى عقد رضائى كما قدمنا ، والكتابة ليست ضرورية إلا لإثبات التزام الكفيل . والكتابة ضرورية لإثبات التزام الكفيل ، حتى لوكان الالتزام المكفول يثبت بالبينة بأن كان مثلا عشرين جنيهاً فأقل . كذلك الكتابة لازمة لإثبات التزام الكفيل ولوكان هذا الالتزام عشرين جنيهاً فأقل ، حتى لو كان الالتزام الأصلى أكثر من عشرين جنيهاً ولكن الكفيل لم يكفل منه إلا عشرة جنيهات فأقل . ويقوم مقام الكتابة مبدأ الثبوت بالكتابة ، كما يجوز الإثبات بالبينة إذا وجد مانع يحول دون الحصول على دليل كتابى أو إذا فقد الدائن سنده الكتابى لسبب أجنبى لا يد له فيه . كذلك يجوز إثبات الكفالة بالإقرار واليمين ، وهذان طريقان للإثبات جائزان حيث يجب الإثبات بالكتابة[2] .

والسبب الذى دعا المشرع المصرى إلى التشدد فى إثبات رضاء الكفيل بالكتابة هو نفس السبب الذى دعا المشرع الفرنسى إلى اشتراط أن يكون رضاء الكفيل صريحاً : خطورة الكتابة وضرورة التروى قبل الإقدام عليها[3] .

والإثبات بالكتابة ضرورى فيما بين الكفيل والدائن . أما فيما بين الكفيل والمدين ، عندما يريد الأول الرجوع على الثانى بعد أن يفى بالالتزام ، فلا تشترط الكتابة ، ويخضع الإثبات هنا للقواعد العامة فيجوز الإثبات بالبينة

= قانون الموجبات والعقود اللبنانى م ١٠٥٩ : الكفالة لا تقدر تقديراً ، بل يجب أن تتجلى إرادة الكفيل من الصك صراحة . (وهذا الحكم مماثل لحكم التقنين المدنى الفرنسى ، إذ يشترط صراحة رضاء الكفيل ، ولكن هذا الرضاء خاضع للقواعد العامة من حيث الإثبات) .

(١) كذلك الكتابة ضرورية لإثبات الوعد بالكفالة (عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٣٤ ص ٧٠ – منصور مصطفى منصور فقرة ٢٥ ص ٥٠) .

(٢) عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٣٤ – منصور مصطفى منصور فقرة ٢٥ ص ٥٠ .

(٣) انظر أيضاً المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٤٢٦ – ٤٢٧ ، وآنفاً نفس الفقرة فى الهامش .

والقرائن إذا كان رجوع الكفيل على المدين بعشرين جنيهاً فأقل[١] . كذلك الإثبات بالكتابة ليس ضرورياً حتى فيما الكفيل والدائن ، ويجوز الإثبات بالبينة والقرائن ، إذا كان التزام الكفيل تجارياً[٢] ، وقد رأينا متى يكون التزام الكفيل تجارياً[٣] .

ويجب أن تكون الكتابة ثابتة التاريخ حتى يجوز الاحتجاج بها على الغير ، كما إذا وفى الكفيل الدين وحل محل الدائن فى رهن رسمى مثلا وكان هناك دائن مرتهن تال فى المرتبة[٤] .

٣٢ – أهلية الكفيل : ولما كان الكفيل يلتزم عادة متبرعاً ، فإنه يجب أن يكون متوافراً فيه أهلية المتبرع . فالكفيل المتبرع كالمقرض المتبرع الذى لا يتقاضى فائدة على القرض ، كلاهما يجب أن تتوافر فيه أهلية التبرع[٥] . وعلى ذلك لا يجوز للقاصر ولا للمحجور عليه أن يكفل الغير متبرعاً ، وإذا كفل كانت الكفالة باطلة . بل لا يجوز للولى أو الوصى أو القيم أن يعقد باسم القاصر أو المحجور عليه كفالة تبرعية ، حتى بإذن المحكمة ، لأنه يمتنع التبرع بمال القاصر المحجور عليه ولو باذن المحكمة ، إلا لواجب إنسانى أو عائلى . فلا بد إذن للكفيل المتبرع أن يكون بالغاً سن الرشد ، غير محجور عليه .

أما إذا كانت الكفالة بمقابل ، سواء كان المقابل من المدين أو الدائن ، وهذا نادر ، فتجب فى الكفيل أهلية التصرف لا أهلية التبرع ، وذلك قياساً على المقترض بفائدة . وعلى ذلك لا يجوز للقاصر ولا للمحجور عليه أن يكفل لأنه لا يملك أهلية التصرف ، وقد يملك أهلية الإدارة ولكن الكفالة من أعمال التصرف لا من أعمال الإدارة ، وإذا كفل كانت الكفالة قابلة

---

(١) بودرى وفال فقرة ٩٣٣ – عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٣٤ ص ٧١ .

(٢) بودرى وفال فقرة ٩٣٣ – پلانيول وريپير وسافاتييه فقرة ١٥٢٨ .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٢٧ .

(٤) پلانيول وريپير وسافاتييه فقرة ١٥٢٨ .

(٥) الوسيط ٥ فقرة ٢٨٢ ص ٤٣٧ .

للإبطال إلى أن تجاز . ولكن يجوز للولى أو الوصى أو القيم أن يعقد كفالة بمقابل باسم القاصر أو المحجور عليه ، على أن يكون ذلك بالنسبة إلى الجد أو إلى الوصى أو إلى القيم بإذن المحكمة . وغنى عن البيان أن الإنسان إذا بلغ سن الرشد غير محجور عليه ، فإنه يملك الكفالة بمقابل ، لأنه يملك الكفالة التبرعية فأولى أن يملك الكفالة بمقابل[١] .

وتجوز الكفالة باسم الشخص المعنوى من المفوض له بذلك ، سواء كانت الكفالة بمقابل أو بغير مقابل . ويجوز للشريك كامل الأهلية أن يكفل الشركة التى هو شريك فيها ، كما يجوز للشركة أن تكفله[٢] .

وإذا أعطى الكفيل توكيلا لشخص بكفالته ، وجب أن يكون التوكيل خاصاً ومحدداً أى مذكوراً فيه التوكيل فى الكفالة إذا كانت الكفالة تبرعية ، أو وجب أن يكون التوكيل خاصاً إذا أخذ الكفيل مقابلا لكفالته[٣] . والتوكيل فى الكفالة المدنية لا تتضمن التوكيل فى كفالة تجارية كالضمان الاحتياطى ، كما أن التوكيل فى كفالة تجارية لا تتضمن التوكيل فى كفالة مدنية[٤] .

أما الدائن ، وهو الطرف الآخر فى الكفالة ، فلا تشترط فيه إلا أهلية التعاقد ، فيكفى أن يكون مميزاً إذا كانت الكفالة تبرعية بالنسبة إليه لأنها

---

(١) وفى القانون الفرنسى يجب أن يتوافر فى الكفيل أهلية الالتزام تبرعاً ، ويذهب بعض الفقهاء إلى وجوب توافر أهلية الالتزام فحسب (أوبرى ورو ٦ فقرة ٤٢٤ ص ٢٧٤ – بودر وقال فقرة ٩٣٥ ص ٤٩٨) ، ويذهب بعض آخر إلى وجوب توافر أهلية التصرف تبرعاً (لوران ٢٨ فقرة ١٦٠) ، وعلى كل حال تكفى أهلية الالتزام فحسب إذا أخذ الكفيل مقابلا لكفالته من الدائن أو من المدين الأصلى (جيوار فقرة ٤٥ – فقرة ٤٦ – بودر وقال فقرة ٩٣٥ ص ٤٩٨) .

وانظر بلانيول وريبير وساڤاتييه فقرة ١٠١٩ . وانظر فى أهلية الكفيل فى القانون الفرنسى بودرى وقال فقرة ٩٣٥ – فقرة ٩٤١ .

(٢) بلانيول وريبير وساڤاتييه فقرة ١٠١٩ ص ٩٧١ .

(٣) بلانيول وريبير وساڤاتييه فقرة ١٠١٩ ص ٩٧٢ .

(٤) بلانيول وريبير وساڤاتييه فقرة ١٠١٩ ص ٩٧٢ – باريس ٩ فبراير سنة ١٩٤٥ جازيت دى باليه ١٩٤٥ – ١ – ١٨٩ .

تتمحض لمصلحته . فإذا دفع مقابلا للكفيل من أجل كفالته ، وجبت فيه أهلية التصرف .

٣٣ – عيوب الرضاء في الكفالة : وتسري في عيوب الرضاء في الكفالة القواعد العامة[1] . وعلى ذلك تكون الكفالة قابلة للإبطال للغلط إذا وقع الكفيل في غلط جوهري في خصوص الدين الذي يكفله ، كأن يعتقد أنه يكفل كفالة مدنية ديناً مدنياً فإذا بالدين التزام طبيعي . وإذا اعتقد الكفيل أنه يكفل ديناً لا ينتج فوائد فإذا به ينتجها ، أو لا ينتج إلا فوائد بسيطة فإذا به ينتج فوائد مركبة ، أو ينتج فوائد بسعر معين فاذا به ينتج فوائد بسعر أعلى ، جاز انقاص التزام الكفيل إلى الحد الذي اعتقده . ويمكن الوصول إلى هذه النتيجة عن طريق القول إن الكفيل وقع في غلط جوهري تكون الكفالة قابلة للإبطال ، ولكن يبقى الكفيل ملزماً بالعقد الذي قصد إبرامه إذا ظهر الدائن استعداده لتنفيذ هذا العقد (م ١٢٤/٢ مدني) .

وتكون الكفالة قابلة للإبطال إذا شاب رضاء الكفيل تدليس ، كأن أوهمه الدائن غشاً ملاءة المدين الأصلي فإذا به غير مليء[2] ، أو أوهمه بوجود ضمانات أخرى للدين اعتمد عليها الكفيل فإذا بهذه الضمانات غير موجودة أو باطلة .

ويمكن القول بأن الكفالة قد عقدت بالإكراه ، فتكون قابلة للإبطال ، إذا حمل الزوج زوجته بماله من شوكة عليها أن تكفله في دين كبير وهي تعلم أن زوجها لا يستطيع وفاء هذا الدين ، وذلك إذا كان الدائن الذي أبرم الكفالة مع الزوجة يعلم أو يستطيع أن يعلم بما شاب رضاء الزوجة من إكراه نتيجة لضغط زوجها[3] .

---

(١) أوبري ورو ٦ فقرة ٤٢٤ ص ٢٧٤ – پلانيول وريپير وساڤاتييه فقرة ١٥٢٠ ص ٩٧٢ – نقض فرنسي ١٦ مارس سنة ١٨٩٨ سيريه ١٩٠٢ – ١ – ٣٣١ – وانظر في عيوب الرضاء في الكفالة أوبري ورو ٦ فقرة ٤٢٤ ص ٢٧٣ – ص ٢٧٤ – بودري وڤال فقرة ٩٤٢ – پلانيول وريپير وساڤاتييه فقرة ١٥٢٠ .

(٢) رن ١٤ يونيه ١٩٥١ داللوز ١٩٥٢ – ٧١٢ .

(٣) الوسيط ١ فقرة ١٩٧ – ويطبق في كل عقود الكفالة وفي السبب في عقد الكفالة –

٣٤ — الكفالة المعلقة على شرط أو المقترنة بأجل : وقد تعلق الكفالة على شرط واقف أو على شرط فاسخ أو تقترن بأجل واقف أو بأجل فاسخ ، فتسرى القواعد العامة فى خصوص الشرط والأجل . وقد نصت المادة ١٠٠٩ مدنى عراقى على ما يأتى : « ١ – تنعقد الكفالة بإيجاب وقبول من الكفيل والمكفول له . ٢ – ويجوز أن تكون الكفالة منجزة أو معلقة على شرط أو مضافة إلى زمن مستقبل » . ونصت المادة ١٠٦٥ من قانون الموجبات والعقود اللبنانى على أنه « يجوز أن تعلق الكفالة على أجل ، أى أن تكون لوقت معين أو ابتداء من تاريخ معين » .

والمفروض هنا أن الالتزام الأصلى ليس معلقاً على شرط أو مضافاً إلى أجل فيكون التزام الكفيل مثله معلقاً على نفس الشرط أو مضافاً إلى نفس الأجل ، بل إن الالتزام الأصلى التزام منجز والتزام الكفيل هو وحده المعلق على شرط أو المضاف إلى أجل .

فقد يعلق الكفيل التزامه على شرط وجود ضمانات أخرى يعتمد عليها الكفيل ويحل محل الدائن فيها ، ويكون الشرط هنا واقفاً إذا كانت الكفالة لا تنفذ إلا إذا تحقق الشرط ووجدت هذه الضمانات ، أو فاسخاً إذا نفذت الكفالة فى الحال بشرط أن يرهن الدين الأصلى عقاراً له فى الدين فإذا لم يرهنه تحقق الشرط الفاسخ وانفسخت الكفالة . وقد يعلق الكفيل التزامه

= القواعد العامة . وفيما يتعلق بالسبب ، سبق أن قررنا عند الكلام فى الالتزام المجرد ما يأتى : ولكن التزام الكفيل نحو الدائن التزام مجرد لا يتأثر بالعلاقة ما بين الكفيل والمدين ، ولا يجوز للكفيل أن يتمسك ضد الدائن بالدفوع التى له أن يتمسك بها ضد المدين . فإذا كفل المدين فى نظير أن يوفى المدين ديناً آخر عليه مضموناً برهن يثقل عقار الكفيل ، ولم يوف المدين بهذا الدين الآخر ، فإن التزام الكفيل نحو الدائن يبقى قائماً ، ولا يجوز للكفيل أن يدفع دعوى الدائن بأن المدين لم يوف بما تعهد به من تخليص عقار الكفيل من الرهن (استئناف مختلط ٣٠ أبريل سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٤٧٠ – أبو عافية فى التصرف المجرد فقرة ٥٩ – فقرة ٦٠ » (الوسيط ١ فقرة ٢٨٧) – وانظر فى مسألة السبب فى عقد الكفالة سليمان مرقس فقرة ٣٨ – فقرة ٣٩ – منصور مصطفى منصور فقرة ٢٤ .

وانظر أوبرى ورو ٦ فقرة ٤٢٦ ص ٢٨٥ وهامش ١٩ (٢) – كابيتان فى السبب فى الالتزام فقرة ١٨٤ – بيدان وفواران فقرة ٧٥ .

على شرط واقف هو ألا يكون المدين الأصلى قد شهر إفلاسه[١] ، وفى هذه الحالة يبحث قاضى الموضوع فيما إذا كانت نية المتعاقدين قد انصرفت إلى جعل التسوية القضائية مماثلة للإفلاس[٢] ، وفيما إذا كان حكم الإفلاس إذا ألغى فى الاستئناف لايجعل الشرط الواقف يتحقق[٣] . وقد يعلق الكفيل التزامه على شرط فاسخ ، هو أن يستعمل المدين القرض الذى اقترضه استعمالا معيناً أو لغرض معين ، فإذا لم يفعل تحقق الشرط الفاسخ وانفسخت الكفالة[٤] .

وقد يقرن الكفيل التزامه بأجل واقف ، فلا يلتزم بالكفالة إلا ابتداء من وقت معين[٥] . وقد يقرن كفالته بأجل فاسخ ، فلا يكفل المدين إلا فى الديون التى يعقدها فى وقت معين ، فإذا انقضى هذا الوقت لا يعود الكفيل ضامناً للديون التى يبرمها المدين بعد انقضاء هذا الوقت[٦] .

٣٥ — لا يجوز للمدين أن يسوئ مركز الكفيل بعد الكفالة : وإذا انعقدت الكفالة وتحدد مركز الكفيل ، فلا يجوز للمدين الأصلى بعمله أن يسوئ هذا المركز ، أو يزيد فى عبء التزام الكفيل . فإذا كان التزام المدين الأصلى معلقاً على شرط واتفق مع الدائن على النزول عن هذا الشرط وجعل الالتزام منجزاً ، بقى التزام الكفيل كما كان معلقاً على هذا الشرط ولا يسرى فى حقه نزول المدين عنه . وإذا سقط أجل الدين بخطأ المدين أو بفعله ،

---

(١) بواتييه ٢٦ فبراير سنة ١٩٠٨ داللوز ١٩٠٨ — ٢ — ٤٠٥ .

(٢) نقض فرنسى ١٦ يوليه سنة ١٩٠٦ سيريه ١٩٠٧ — ١ — ٢١٤ .

(٣) بواتييه ٢٦ فبراير سنة ١٩٠٨ — ٢ — ٤٠٥ (وهو الحكم السابق الإشارة إليه) — بلانيول وريبير وساڤاتييه فقرة ١٥٣٣ ص ٩٨٣ .

(٤) نقض فرنسى ٢٧ نوفبر سنة ١٩٠٦ داللوز ١٩٠٩ — ١ — ٤٨ — بلانيول وريبير وساڤاتييه فقرة ١٥٣٣ ص ٩٨٣ .

(٥) وقد يؤجل الكفيل التزامه ككفيل إلى وقت موته ، فتكون تركته هى الملزمة (نقض فرنسى ٧ يناير سنة ١٩١٣ داللوز ١٩١٣ — ١ — ٢٠٣ .— بلانيول وريبير وساڤاتييه فقرة ١٥٣٣ ص ٨٩٣) .

(٦) بلانيول وريبير وساڤاتييه فقرة ١٥٣٣ ص ٩٨٣ .

بقى الأجل قائماً بالنسبة إلى الكفيل[١] . وإذا اتفق المدين مع الدائن على النزول عن أجل الدين ، فإن هذا الاتفاق لا يسرى فى حق الكفيل ، فلا يرغم على وفاء الدين إلا عند حلول هذا الأجل . وإذا اتفق المدين مع الدائن على زيادة سعر الفائدة فى مقابل مد الأجل ، لم يسر هذا الاتفاق فى حق الكفيل ، ويبقى هذا ملتزماً بسعر الفائدة كما كان وقت الكفالة ، ولا يتمسك بمد الأجل . فإذا ما طالبه الدائن بالوفاء عند حلول الأجل قبل مده ، جاز له أن يطلب من المدين أن يفى بالدين للدائن[٢] .

وعلى العكس من ذلك ، إذا تحسن مركز المدين ، جاز للكفيل أن يفيد من هذا التحسن . فإذا مد الدائن أجل الدين دون مقابل ، أفاد الكفيل من مد الأجل ، وجاز له أن يتمسك بالأجل الجديد . وإذا نزل الدائن للمدين عن جزء من الدين أو عن الفوائد أو أنقص سعر الفائدة ، جاز للكفيل أن يفيد من كل ذلك ، فلا يدفع للدائن إلا ما أصبح المدين ملتزماً به بعد نزول الدائن عن جزء من الدين أو عن الفوائد أو بعد إنقاص سعر الفائدة[٣] .

٣٦ — مدى التزام الكفيل وتفسير الكفالة : وقاضى الموضوع هو الذى يحدد مدى التزام الكفيل ويفسر عقد الكفالة فى هذا الخصوص ، وهو فى تحديد مدى التزام الكفيل يقضى فى مسألة موضوعية فلا رقابة عليه من محكمة النقض . على أنه فى تفسير الكفالة يتقيد بقاعدة قانونية لمحكمة النقض حق الرقابة عليها ، وهى تفسير الكفالة تفسيراً ضيقاً دون توسع ، فعند الشك يكون التفسير لمصلحة الكفيل فيحدد التزامه فى أضيق نطاق

---

(١) أوبرى ورو ٦ فقرة ٤٢٦ ص ٢٧٩ – بيدان وفواران فقرة ٩٦ – بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٩٣٥ – نقض فرنسى ٢٠ يناير سنة ١٨٩٠ داللوز ٩١ – ١ – ٥ .

(٢) لكن إذا ضمن الكفيل تنفيذ العقد ، كان مسئولا عن التعويض الذى قد يجب على المدين الأصلى دفعه (بلانيول وسافاتييه وريبير فقرة ١٥٣٤ ص ٩٨٤) .

(٣) بيدان وفواران ١٣ فقرة ٩٦ – بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٣٤ ص ٩٨٤ – ليون ٦ يناير سنة ١٩٠٢ داللوز ١٩١٠ – ٥ – ١ .

تتحمله عبارات الكفالة(١) . وكانت القاعدة التي تقضي بتفسير الكفالة تفسيراً ضيقاً معروفة في القانون الفرنسي القديم ، فكان يقال إنه لا يجوز التوسع في تفسير الكفالة لا من حيث الشيء ولا من حيث الشخص ولا من حيث الزمن(٢) . وهذا كله حماية للكفيل الذي كثيراً ما يتورط في الكفالة كما قدمنا ، وقد أملى هذه القاعدة نفس الاعتبارات التي قضت بأن يكون رضاء الكفيل صريحاً في التقنين المدني الفرنسي ، وقضت بأن يكون إثبات التزام الكفيل بالكتابة في التقنين المدني المصري ، فيما رأينا .

فإذا كفل الكفيل جزءاً من التزامات المدين ، لم يجز مد الكفالة إلى الأجزاء الأخرى . وعلى ذلك إذا كفل الكفيل المستأجر في دفع الأجرة ، اقتصرت كفالته على الالتزام بدفع الأجرة ، ولم تمتد إلى الالتزامات الأخرى الناشئة من عقد الإيجار كالتعويض عن التلف أو التعويض عن الحريق(٣) .

وإذا كفل الكفيل أصل الدين لم تمتد كفالته الى فوائد الدين ، وإذا كفل الفوائد بسيطة لم يكفلها مركبة(٤) .

وإذا كفل الكفيل فتح اعتماد لغاية مبلغ معين ، لم يكفل ما زاد على هذا الحد بالرغم من عدم قابلية الحساب الجاري للتجزئة(٥) .

---

(١) انظر في ذلك نقض فرنسي ٣ يوليه سنة ١٨٧٢ داللوز ٧٣ – ١ – ٢٢٠ – ١٥ نوفمبر سنة ١٩٠٤ سيريه ١٩٠٥ – ١ – ١١٩ – ١٦ يوليه ١٩٠٦ داللوز ١٩٠٧ – ١ – ٩٨ – أوبري ورو ٦ فقرة ٤٢٦ ص ٢٧٨ هامش ١ – بودري وڤال فقرة ٩٩٤ – بلانيول وريبير وساڤاتييه فقرة ١٥٢٩ .

(٢) أوبري ورو ٦ فقرة ٤٢٦ ص ٢٧٨ هامش ١ – محمد كامل مرسي فقرة ٥٢ – فقرة ٥٤ – عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٥٣ – فقرة ٥٦ – سليمان مرقس فقرة ٤٣ – فقرة ٤٧ .

(٣) پون ٢ فقرة ١٠٤ – لوران ٢٨ فقرة ١٧٥ – جيوار فقرة ٦٩ – بودري وڤال فقرة ٩٩٤ ص ٥٣٢ .

(٤) پون ٢ فقرة ١٠٤ – ديرانتون ١٨ فقرة ٣٣٠ – ترولون فقرة ١٤٩ – جيوار فقرة ٦٩ – أوبري ورو ٦ فقرة ٤٢٦ ص ٢٧٩ وهامش ٢ – بودري وڤال فقرة ٩٩٤ .

(٥) نقض فرنسي ١٦ نوفمبر سنة ١٨٨٦ جازيت دي پاليه ٨٧ – ١ – ٥٦ – جيوار فقرة ٦٩ – بودري وڤال فقرة ٩٩٤ ص ٥٣٣ هامش ١ .

وإذا كفل عقد إيجار ، لم يكفل عقد إيجار يتلوه ، ولو كان التجديد تضمنياً (tacite reconduction)[١] .

ومن كفل قرضاً معيناً ، لم يكفل قرضاً قبله أو قرضاً بعده[٢] .

ومن كفل شخصاً فيما يترتب فى ذمته من التزامات ، لم يكفل الالتزامات الماضية التى ثبتت فى ذمته وإنما يكفل الالتزامات المستقبلة[٣] . ولكن قاضى الموضوع قد يجد فى ظروف القضية ما يجعل واضحاً أن الكفيل أراد أيضاً كفالة الالتزامات الماضية[٤] .

وإذا كان هناك شك فيما إذا كان الكفالة محددة أو غير محددة ، وجب اعتبار الكفالة محددة[٥] .

وإذا رفضت المحكمة الابتدائية طلب الكفيل بالترخيص له فى إدخال المدين ضامناً بعد أن أثبت تنازل الدائن عن مخاصمة المدين ، ولم يكن فى حكم محكمة الاستئناف ما يدل على أن الكفيل قد تمسك أمامها بهذا الدفع ، ولم يقدم الكفيل أمام محكمة النقض ما يدل على أنه أثاره أمام محكمة الاستئناف ،

---

(١) أوبرى ورو ٦ فقرة ٤٢٦ ص ٢٧٨ – ص ٢٧٩ – بودرى وقال فقرة ٩٩٦ – بلانيول وريبير وساڤاتييه فقرة ١٥٣١ ص ٩٨٢ – محمد كامل مرسى فقرة ٥٢ .

(٢) جيوار فقرة ٦٩ – بودرى وقال فقرة ٩٩٤ ص ٥٣٣ .

(٣) نقض فرنسى ١٥ نوفبر سنة ١٩٠٤ سيريه ١٩٠٥ – ١ – ١١٩ – ٢٣ يناير سنة ١٩٠٦ داللوز ١٩٠٧ – ١ – ٩٨ بلانيول وريبير وساڤاتييه فقرة ١٥٢٩ .

(٤) نقض فرنسى ١٥ مايو سنة ١٨٧٧ داللوز ٧٧ – ١ – ٣٩٧ – ٢ ديسمبر سنة ١٩٠٣ داللوز ١٩٠٥ – ١ – ٩ – بلانيول وريبير وساڤاتييه فقرة ١٥٢٩ – وانظر أوبرى ورو ٦ فقرة ٤٢٦ ص ٢٨٠ .

(٥) لوران ٢٨ فقرة ١٧٠ – جيوار فقرة ٦٧ – بودرى وقال فقرة ١٠٠٤ – ويعتبر تفسيراً لنية المتعاقدين ، أى مسألة موضوعية ، ما إذا كان الكفيل قد أراد الالتزام الأصلى الموجود وقت أن عقد الكفالة ، أو أراد مجاوزة ذلك والالتزام بجميع التعديلات التى زادت فيها بعد من هذا الالتزام الأصلى (بودرى وقال فقرة ١٠٠٤) .

فلا يجوز له الإدلاء به أمام محكمة النقض مدعيا وقوع إخلال بحقوقه فى الدفاع[١] .

وورثة الكفيل يستفيدون من الاستئناف المرفوع من ورثة المدين عن الحكم الابتدائى ، فمتى ثبت فى استئنافهم أن الدين المطالب به من مال المدين ، امتنع الرجوع على ورثة الكفيل[٢] .

---

(١) نقض مدنى ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٤٥ مجموعة المبادئ القانونية التى قررتها محكمة النقض فى ٢٥ عاما الجزء الثانى ص ٩٣٩ رقم ١٨ .

(٢) نقض مدنى ١٥ أبريل سنة ١٩٥١ مجموعة المبادئ القانونية التى قررتها محكمة النقض فى ٢٥ عاما الجزء الثانى ص ٩٣٩ رقم ١٩ .

الفصل الثانى

آثار الكفالة

---

٣٧ — العلاقة فيما بين الكفيل والدائن والعلاقة فيما بين الكفيل والمدين وبينه وبين الملتزمين بالدين : لما كانت الكفالة عقداً بين الكفيل والدائن ، فهى توجد أول ما توجد علاقة فيما بين الكفيل والدائن ، إذ تجعل للدائن الحق فى الرجوع على الكفيل إذا لم يف المدين بدينه للدائن . ولما كان التزام الكفيل إنما هو التزام تبعى للالتزام المكفول وليس الكفيل مديناً أصلياً بالدين بل هو قد وفاه عن المدين الأصلى ، لذلك إذا وفى الكفيل الدين فإن له حق الرجوع على المدين الأصلى وعلى غيره من الملتزمين بالدين الأصلى .

فيكون كلامنا فى آثار الكفالة فى مبحثين : (١) العلاقة فيما بين الكفيل والدائن . (٢) العلاقة فيما بين الكفيل والمدين ، وفيما بينه وبين الملتزمين بالدين .

المبحث الأول

العلاقة فيما بين الكفيل والدائن

٣٨ — الكفيل غير المتضامن والكفيل المتضامن : هنا يجب التمييز بين ما إذا كان الكفيل غير متضامن مع المدين ومع كفلاء آخرين وهذه هى الكفالة فى صورتها البسيطة ، وما إذا كان الكفيل قد التزم بالكفالة متضامناً مع المدين أو مع كفلاء آخرين وهذه هى الكفالة الموصوفة .

المطلب الأول

الكفيل غير متضامن مع المدين أو مع كفلاء آخرين

٣٩ – متى يطالب الدائن الكفيل : يطالب الدائن الكفيل عند حلول الدين . والدين المكفول يكون عادة ديناً مؤجلا ، ويكون التزام الكفيل مؤجلا مثله ، ويحل الالتزامان فى وقت واحد ، فى هذا الوقت يستطيع الدائن أن يرجع على الكفيل كما يستطيع أن يرجع على المدين[١] .

ولكن قد لا يحل الالتزامان فى وقت واحد . فإذا حل التزام الكفيل قبل حلول الالتزام الأصيل[٢] ، فذلك يرجع إما لأنه قد حدد أجل لكل من الالتزامين وأجل التزام الكفيل أقصر ، أو لأنه حدد أجل واحد لكل من الالتزامين ولكن الالتزام الأصيل قد مد أجله أو بحكم القاضى . وفى الحالتين يكون التزام الكفيل أشد عبئاً من الالتزام الأصيل ، فيجب جعل التزام الكفيل مساوياً فى العبء للالتزام الأصيل ، بأن يمتد أجل التزام الكفيل حتى يساوى أجل الالتزام الأصيل أو بأن يستفيد الكفيل من مد أجل الالتزام الأصيل فيمتد أجل التزامه بالقدر الذى امتد به أجل الالتزام الأصيل[٣] .

أما إذا حل الالتزام الأصيل قبل حلول أجل التزام الكفيل ، فهذا جائز ، لأن التزام الكفيل قد يكون أخف عبئاً من الالتزام الأصيل ، ويتحقق ذلك فيما إذا حدد أجل لالتزام الكفيل أطول من أجل الالتزام الأصيل ، وعند ذلك لا يجوز للدائن أن يطالب الكفيل بوفاء الدين

---

(١) جيوار فقرة ١١٧ – فقرة ١١٨ – بودرى وقال فقرة ١٠١٣ ص ٥٤١ .

(٢) جيوار فقرة ٢٥٢ – بودرى وقال فقرة ١٠١٨ .

(٣) أنظر بودرى وقال فقرة ١٠١٨ – بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٣٤ ص ٩٨٤ – ولكن يجوز للكفيل أن يتمسك بالأجل الأصلى ويفى بالدين عند حلول هذا الأجل إذا كانت له مصلحة فى ذلك ، كأن يستطيع الرجوع على المدين عند حلول الأجل الأصلى ولو انتظر حلول الأجل الجديد الممتد فقد يعسر المدين أو يزيد إعساره (منصور مصطفى منصور فقرة ٢٨ ص ٥٣) .

قبل أن يحل الأجل المحدد لالتزامه ، حتى لو حل أجل الالتزام الأصيل[1] . ويتحقق ذلك أيضاً فيما إذا كان الأجل واحداً لكل من الالتزامين ، كما هو الغالب ، ولكن الأجل المحدد للالتزام الأصيل يسقط بأن يشهر إفلاس المدين الأصلي أو إعساره ، أو بأن يضعف هذا المدين بفعله ما أعطى الدائن من تأمين خاص إلى حد كبير ما لم يؤثر الدائن أن يطالب بتكملة التأمين ، أو بأن يضعف هذا التأمين الخاص لسبب لا دخل لإرادة المدين فيه ما لم يقدم المدين للدائن ضماناً كافياً ، أو بألا يقدم المدين للدائن ما وعد في العقد بتقديمه من التأمينات (م ٢٧٣ مدني) في جميع هذه الفروض يسقط الأجل المحدد للدين الأصلي ، ولكن ذلك لا يستتبع سقوط الأجل المحدد لالتزام الكفيل ، لأن المدين بعد الكفالة لا يستطيع أن يسوئ مركز الكفيل[2] . وما دام الأجل المعطى للكفيل لم يسقط ولم يحل فإنه يبقى قائماً ، وعلى ذلك لا يستطيع الدائن أن يطالب الكفيل بوفاء الدين إلا عند حلول الأجل المعطى للكفيل . وكذلك يكون الحكم فيما إذا نزل المدين الأصلي عن الأجل ولم ينزل عنه الكفيل ، فيبقى الأجل قائماً بالنسبة إلى الكفيل ولا يستطيع الدائن مطالبته إلا عند حلوله[3] .

ومتى جاز للدائن أن يطالب الكفيل وأن ينفذ على أمواله ، فلا بد أن يكون عند الدائن سند تنفيذي ضد الكفيل ، ولا يكفي أن يكون عنده سند تنفيذي ضد المدين . فاذا لم يكن سند الكفالة ورقة رسمية تصلح للتنفيذ بها ،

---

(١) منصور مصطفى منصور فقرة ٢٨ ص ٥٢ .

(٢) بودرى وڤال فقرة ١٠١٤ ص ٥٤١ – بيدان وڤوا ان فقرة ٩٦ ص ٩٩ – پلانيول وريپير وساڤاتييه فقرة ١٥٣٤ ص ٩٨٤ – پلانيول وريپير وبولانچيه ٢ فقرة ١٩٣٥ – محمد كامل مرسى فقرة ٦٤ ص١٥٢ – عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٧٥ ص ١٢٠– سليمان مرقس فقرة ٥٤ ص ٥٨ – محمد على إمام فقرة ٥٠ ص ٨٠ – منصور مصطفى منصور فقرة ٢٨ (ولكن انظر ص ٥٤ فيما يتعلق بعدم تقديم المدين التأمينات التى وعد بها) – عكس ذلك أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٢ ص ١٤١ .

(٣) بودرى وڤال فقرة ١٠١٥ .

وجب على الدائن أن يحصل على حكم قابل للتنفيذ ضد الكفيل ، ولا يكفى أن يحصل على حكم قابل للتنفيذ ضد المدين[١] .

٤٠ — بماذا يطالب الدائن الكفيل — التقسيم — نص قانونى : تنص المادة ٧٩٢ مدنى على ما يأتى :

« ١ — إذا تعدد الكفلاء لدين واحد وبعقد واحد وكانوا غير متضامنين فيما بينهم ، قسم الدين عليهم ، ولا يجوز للدائن أن يطالب كل كفيل إلا بقدر نصيبه فى الكفالة » .

« ٢ — أما إذا كان الكفلاء قد التزموا بعقود متوالية ، فإن كل واحد منهم يكون مسئولا عن الدين كله ، إلا إذا كان قد احتفظ لنفسه بحق التقسيم »[٢] .

---

(١) بودرى وڤال فقرة ١٠٢٠ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١١٤٨ من المشروع التمهيدى على وجه مقارب لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . وأدخلت لجنة المراجعة بعض تعديلات لفظية على النص ، فصار مطابقا لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد تحت رقم ٨٦٠ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٨٥٩ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٧٩٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٥١٢ — ص ٥٢٣) .

وجاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « استبدل (المشروع) المادة ١١٤٨ بالمادة ٥٠٤/٦١٦ من التقنين الحالى (السابق) التى تعرض لمسألتين مختلفتين ، فهى تبين أولا مدى حق الدائن فى الرجوع على الكفلاء إذا تعددوا أو ما يسمى بالتقسيم بين الكفلاء ، ومن ناحية أخرى تعرض التضامن بين الكفلاء . وقد رأى المشروع من المناسب أن يبحث هنا مسألة التقسيم ، على أن يترك التضامن بين الكفلاء للنصوص الخاصة بالكفالة التضامنية على العموم . وفيما عدا ذلك ، فالحكم الوارد بالمادة ١١٤٨ هو بعينه المقرر فى التقنين الحالى (السابق) » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٥١٤ — ص ٥١٧) .

ويقابل النص فى التقنين المدنى السابق المادة ٥٠٤/٦١٥ — ٦١٦ : فى حالة تعدد الكفلاء لدين واحد بعقد واحد بغير شرط التضامن ، لا يجوز لرب الدين إلا مطالبة كل منهم بقدر حصته فى الكفالة . وأما إذا كانت الكفالة حاصلة بعدة عقود متوالية ، فهذا لا يدل على تضامن الكفلاء ، ولكن قد يتضح التضامن من قرائن الأحوال .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٧٥٨ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٨٠١ (مطابق) .

وظاهر أنه إذا كان للدين كفيل واحد ، كما هو الغالب ، ورجع الدائن على الكفيل ، فإنه يطالبه بنفس الذى كفله ، وقد سبق أن حددنا مدى التزام الكفيل بالكفالة[١] .

ولكن قد يتعدد الكفلاء للدين الواحد ، ويخلص من النص سالف الذكر أنه لتحديد المقدار الذى يطالب به الدائن كل كفيل عند الرجوع عليه ، يجب التمييز بين فرضين : (الفرض الأول) تعدد الكفلاء بعقد واحد . (الفرض الثانى) تعدد الكفلاء بعقود متوالية . وسنبحث كلا من الفرضين .

٤١ — تعدد الكفلاء بعقد واحد : إذا تعدد الكفلاء ، وكانوا جميعاً قد التزموا كفالة الدين بعقد واحد ، فالمشرع المصرى يتخذ من وحدة العقد دليلا على أن كل كفيل قد اعتمد على الكفلاء الآخرين ، فيقسم الدين فيما بين الكفلاء المتعددين بقوة القانون . فإذا كان الكفلاء ثلاثة مثلا ، وكان الدين تسعمائة ، وكفله الثلاثة بعقد واحد ، ولم يبينوا فى عقد الكفالة مقدار ما يكفل كل منهم من الدين ، انقسم الدين عليهم بعدد الرؤوس ويكفل كل منهم ثلثمائة . وعلى ذلك إذا طالب الدائن أى كفيل منهم ، لم يطالبه إلا بمقدار ثلثمائة فقط . وإذا طالبه بأكثر من ذلك ، استطاع هذا أن يدفع الطلب بتقسيم الدين (division de la dette) . بل للمحكمة أن تقضى من تلقاء نفسها بتقسيم الدين دون طلب ، ولا تحكم على أى كفيل بأكثر من ثلثمائة . والدين ينقسم على الكفلاء من وقت إبرام عقد الكفالة ، لا من وقت حكم المحكمة ، ولا من وقت الدفع بتقسيم الدين . وعلى ذلك إذا أعسر أحد الكفلاء بعد إبرام عقد الكفالة ، ولو قبل مطالبة الدائن الكفلاء بحقه ، فليس للدائن أن يوزع حصة الكفيل المعسر على سائر الكفلاء ، بل يتحمل وحده نتيجة هذا الإعسار .

— التقنين المدنى العراقى م ١٠٢٤ (موافق) .

قانون الموجبات والعقود اللبنانى م ١٠٧٥ (موافق) .

(١) انظر آنفا فقرة ٣٦ .

ولكن يشترط لتقسيم الدين على الكفلاء ، على الوجه الذى قدمناه . شروط أربعة[1] :

(أولا) أن يتعدد الكفلاء : فإذا كان للدين كفيل واحد ، لم ينقسم الدين بينه وبين المدين . بل يرجع الدائن أولا على المدين بكل الدين . فإذا لم يتقاض منه شيئاً رجع بكل الدين على الكفيل . وإذا تقاضى من المدين ثلثى الدين مثلا ، رجع بالثلث الباقى على الكفيل . وإذا وجد كفيل عينى إلى جانب الكفيل الشخصى ، لم ينقسم الدين عليهما ، فإن الدين لا ينقسم إلا على الكفلاء الشخصيين[2] . بل إنه إذا تقدم لضمان الدين كفالة عينية وكفالة شخصية فى وقت واحد ، ولم يكن الكفيل الشخصى متضامناً مع المدين ، لم يجز التنفيذ على أموال الكفيل الشخصى إلا بعد التنفيذ على المال الذى رهنه الكفيل العينى ضماناً للدين (م ٧٩١ مدنى) . وهنا نرى أن الدين لا ينقسم على الكفالة الشخصية والكفالة العينية ، بل يبدأ بالكفالة العينية ، فإن لم تف بكل الدين استوفى الدائن الباقى من الكفيل الشخصى .

(ثانياً) أن يكفل الكفلاء المتعددون ديناً واحداً ؛ فإذا كفل كفيلان كل منهما ديناً غير الذى كفله الآخر ، لم ينقسم أى الدينين عليهما ، بل يبقى كل منهما مسئولاً عن كل الدين الذى كفله . وعلى ذلك لا ينقسم الدين على الكفيل وكفيل الكفيل ، ذلك لأن الكفيل قد كفل الدين الأصلىّ وكفل كفيل الكفيل دين الكفيل ، والدين الأصلى دين آخر غير دين الكفيل .

(ثالثاً) أن يكفل الكفلاء المتعددون نفس المدين أو نفس المدينين : فإذا كفل كفيلان كل منهما مديناً متضامناً بنفس الدين ، فقد كفلا ديناً واحداً ولكنهما لم يكفلا نفس المدين ، إذ كفل كل منهما مديناً غير المدين الذى كفله الآخر . وعلى ذلك لا ينقسم الدين بينهما ، بل يبقى كل منهما

---

(١) انظر م ١/٧٩٢ مدنى سالفة الذكر : آنفاً فقرة ٤٠ .

(٢) انظر فى هذا المعنى پلانيول وريپير وساڤاتييه فقرة ١٥٢٧ – منصور مصطفى منصور فقرة ٣١ ص ٦٠ – وانظر عكس ذلك وأن الدين ينقسم على الكفيل الشخصى والكفيل العينى محمد على إمام فقرة ٦٨ ص ١١٣ – سليمان مرقس فقرة ٩٣ ص ١٠٧ .

مسئولا عن الدين بكامله . ولكن إذا كفل كل من الكفيلين المدينين المتضامنين معاً ، فقد كفلا ديناً واحداً وكفلا نفس المدينين ، وعلى ذلك ينقسم الدين عليهما[1] .

(رابعاً) ألا يكون الكفلاء المتعددون متضامنين فيما بينهم : ذلك لأن المدينين المتضامنين فيما بينهم يمكن الرجوع على أى منهم بكل الدين طبقاً لأحكام التضامن ، فلا ينقسم الدين عليهم . فإذا كان هناك كفيلان يكفلان ديناً واحداً ومديناً واحداً فى عقد واحد ، وكان هذان الكفيلان متضامنين ، كان كل منهما مسئولا عن كل الدين . أما إذا كان الكفيلان غير متضامنين ، انقسم الدين عليهما ، وصار كل منهما مسئولا عن نصف الدين إذا لم يكن هناك اتفاق على نسبة أخرى[2] . وإذا كان أحد الكفيلين متضامناً مع المدين ، ولكنه غير متضامن مع المدين الآخر ، لم يكن الكفيلان متضامنين فيما بينهما . ولكن الكفيل المتضامن مع المدين يكون مسئولا عن الدين كله كالمدين الأصلى الذى تضامن معه ، فلا يكون له حق التقسيم[3] . وكذلك لا يكون له حق التجريد ، وإنما يثبت حق التقسيم وحق التجريد للكفيل الآخر الذى لم يتضامن مع المدين[4] .

---

(١) منصور مصطفى منصور فقرة ٣١ ص ٦٠ – ص ٦١ .

(٢) وإذا أعسر أحدهما تحمل الدائن حصة الذى يعسر . فعلى الدائن إذن أن يستوثق من درجة يسار الكفلاء المتعددين ، أو أن يطلب منهم مقدما النزول عن حق التقسيم ، أو أن يشترط تضامنهم (محمد كامل مرسى فقرة ٩٦ جرانمولان فقرة ٥٣ – هالتون ١ ص ٢١٦) .

(٣) انظر فى هذا المعنى وأن تضامن أحد الكفلاء مع المدين يحرمه من حق التقسيم ، لا فحسب من حق التجريد ، عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٨٢ – سليمان مرقس فقرة ٩٧ ص ١١١ ، وانظر ما يلى فقرة ٥٤ – وانظر عكس ذلك وأن الكفيل المتضامن مع المدين دون أن يكون متضامناً مع الكفيل الآخر لا يحرم من حق التقسيم محمد على إمام فقرة ٦٨ ص ١١٤ – منصور مصطفى منصور فقرة ٣١ ص ٦١ .

(٤) أما فى القانون الفرنسى ، فيجب على الكفيل أن يدفع بحق التقسيم فينقسم الدين من وقت مقاضاته ، ولا ينقسم الدين من تلقاء نفسه على الكفلاء المتعددين كما فى القانون المصرى فيما رأينا . ويرجع ذلك ، فى القانون الفرنسى ، إلى أثر القانون الرومانى الذى بدأ فيه الكفلاء أن يكونوا متضامنين مع المدين ، كما يرجع إلى التقاليد . انظر بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٩٤١ – فقرة ١٩٤٣ وفقرة ١٩٤٥ .

٤٢ – تعدد الكفلاء بعقود متوالية : وإذا تعدد الكفلاء ، ولكن بعقود متوالية لا بعقد واحد ، ولو كانوا جميعاً يكفلان ديناً واحداً ومديناً واحداً ، فالمفروض أن تعدد العقود التي كفلوا الدين بموجبها لا يجعلهم يعتمدون بعضهم على بعض . ولما كان كل منهم قد كفل كل الدين بعقد على حدة ، فقد أصبح كل منهم مسئولا عن كل الدين ، ولكنهم لا يكونون مسئولين بالتضامن بل بالتضام (in solidum)[١].

وعلى ذلك إذا طالب الدائن أحد هؤلاء الكفلاء ، فانه يطالبه بالدين كله ، لا بجزء منه كما كان يفعل فى الفرض السابق إذا تعدد الكفلاء بعقد واحد فانقسم الدين عليهم . فإذا استوفى الدائن الدين كله من أحد الكفلاء . برئت ذمة الكفلاء الباقين نحوه ، ولكن الكفيل الذى دفع كل الدين يرجع بدعوى الحلول على سائر الكفلاء كل بقدر نصيبه فى الدين كما سنرى . أما إذا لم يستوف الدائن إلا جزءاً من الدين ، فإنه يستطيع أن يستوفى بقية الدين من أى كفيل آخر لأن هذا الكفيل مسئول عن كل الدين كما قدمنا ، فيكون بالبداهة مسئولا عن بقيته إذا كان الدائن قد استوفى جزءاً منه . ثم يرجع الكفيلان اللذان دفعا كل الدين بدعوى الحلول على سائر الكفلاء ، فينقسم الدين عليهم فى النهاية وذلك فى العلاقة فيما بينهم لا فى علاقتهم مع الدائن .

على أنه يجوز أن ينقسم الدين حتى فى علاقة الكفيل بالدائن ، إذا كان هذا الكفيل ، وقت أن كفل الدين بعقد على حدة احتفظ لنفسه بحق التقسيم . فمسئولية الكفيل بعقد على حدة عن كل الدين إنما يقوم على قرينة قانونية قابلة لإثبات العكس[٢] ، واحتفاظ الدائن بحق التقسيم هو الدليل العكسى المطلوب . وفى هذه الحالة لا يجوز للدائن ، عند مطالبته هذا الكفيل ، إلا أن يطالبه بجزء من الدين طبقاً لما احتفظ به فى عقد الكفالة . أما سائر الكفلاء

---

(١) الوسيط ٣ فقرة ١٧٦ ص ٢٨٥ وما بعدها .

(٢) ولا يقبل إثبات العكس هنا ، أى لا يقبل إثبات أن الكفيل احتفظ لنفسه بحق التقسيم ، إلا بالكتابة أو بما يقوم مقامها ، شأن عقد الكفالة لا يجوز إثباته إلا بالكتابة أو بما يقوم مقامها (سليمان مرقس فقرة ٩٨ ص ١١٣) .

الذين لم يحتفظوا بحق التقسيم ، فتبقى قرينة مسئوليتهم عن كل الدين قائمة بالنسبة إليهم ، وإذا طالب الدائن أحدهم جاز له أن يطالبه بكل الدين ، فإذا دفع الكفيل كل الدين للدائن ، جاز له الرجوع على سائر الكفلاء ، ويدخل فيهم الكفيل الذى احتفظ لنفسه بحق التقسيم ، كل بقدر حصته فى الدين ، وذلك بدعوى الحلول . ويجوز أن يحتفظ كل كفيل كفل الدين بعقد على حدة لنفسه بحق التقسيم ، وعند ذلك ينقسم الدين على جميع الكفلاء كما فى الفرض السابق ، ويحل احتفاظ كل منهم بحق التقسيم محل كفالتهم للدين بعقد واحد . وفى هذه الحالة لا يستطيع الدائن أن يطالب أى كفيل إلا بجزء من الدين ، طبقاً لما احتفظ به الكفيل من حق التقسيم لنفسه .

٤٣ — الدفوع التى يدفع بها الكفيل رجوع الدائن عليه : وعند ما يحل الدين ويريد الدائن الرجوع على الكفيل بما يجوز له الرجوع به عليه[1] ، يجوز للكفيل أن يدفع رجوع الدائن عليه بدفوع مختلفة :

له أولا أن يدفع رجوع الدائن عليه بوجوب رجوع الدائن على المدين أولا (م ١/٧٨٨ مدنى) .

وله ثانياً أن يتمسك بالدفوع التى يجوز للمدين أن يحتج بها ، لأن التزامه تابع لالتزام المدين (م ٧٨٢ مدنى) .

وله ثالثاً أن يدفع بدفوع خاصة به ، وهى دفوع خاصة بالتزامه ككفيل ودفوع خاصة بالكفالة ذاتها .

وله رابعاً وأخيراً ، إذا أراد الدائن التنفيذ على أمواله ، أن يدفع بالتجريد (م ٢/٧٨٨ — ٧٩١ مدنى)[2] .

ونبحث فيما يلى كلا من هذه الدفوع .

٤٤ — الدفع بوجوب رجوع الدائن على المدين أولا — نص قانونى : تنص الفقرة الأولى من المادة ٧٨٨ مدنى على ما يأتى :

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٣٩ — فقرة ٤٢ .

(٢) انظر فى تأثر القانون الفرنسى ، لا فى حق التقسيم فحسب ، بل أيضاً هو والقانون المصرى ، فى وجوب رجوع الدائن أولا على المدين وفى حق التجريد بالقانون الرومانى وإجراءاته الشكلية : كولان وكابيتان ٢ فقرة ١٤٠١ ص ٨٩٥ .

« ولا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل وحده إلا بعد رجوعه على المدين »[1] .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١١٤٤ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « لا يجبر الكفيل على الوفاء للدائن إلا إذا لم يوفه المدين . ويجب أن يرجع الدائن أولا على المدين ، إلا إذا تنازل الكفيل عن حق التجريد أو التزم متضامناً مع المدين ، فيخضع التزامه فى هذه الحالة للقواعد الخاصة بالتضامن » . وفى لجنة المراجعة تقرر أن يكون النص من شقين ، الأول يتناول الرجوع والثانى يتناول التنفيذ ، لأن نص المشروع يخلط بينهما خلطا تتدخل فيه أحكام الأمرين . وبالنسبة إلى الشق الأول رأت اللجنة أن يمنع النص الدائن من الرجوع على الكفيل البسيط وحده إلا بعد رجوعه على المدين ، وجعلت الحكم فى الشق الثانى خاصاً بالتنفيذ فنعت الدائن من التنفيذ على الكفيل إلا بعد تجريده المدين . ثم أضافت الحكمين حكما ثالثاً مفاده تمسك الكفيل بحقه فى الصورتين بحيث لو رفع دعوى عليه وحده ولم يتمسك بحكم الشق الأول جاز الحكم عليه وبالمثل فى حالة التنفيذ . وأصبح الشق الأول مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد تحت رقم ٨٥٦ / ١ فى المشروع النهائى ، وأضيفت فقرة ثالثة تجرى على الوجه الآتى : « يجب على الكفيل فى الحالتين أن يتمسك بهذا الحق » . ووافق مجلس النواب على النص تحت رقم ٨٥٥ / ١ . وفى لجنة مجلس الشيوخ أدمجت الفقرة الثالثة فى الفقرة الثانية فصار مقصوراً حكمها على حق التجريد ، ولم تعدل الفقرة الأولى وأصبح رقمها ٧٨٨ / ١ . ووافق مجلس الشيوخ على ما أقرته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٤٩٣ — ص ٤٩٩) .

ويقابل النص فى التقنين المدنى السابق م ٥٠٢ / ٦١٢ : الكفيل الغير متضامن الحق إذا لم يتركه فى إلزام رب الدين بمطالبة المدين بالوفاء ، إذا كان الظاهر أن أمواله الجائز حجزها تفى بأداء الدين بتمامه . وحينئذ فللمحكمة النظر والحكم فى إيقاف المطالبة الحاصلة للكفيل إيقافاً مؤقتاً ، مع عدم الإخلال بالإجراءات التحفظية .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى ٧٥٤ / ١ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى ٧٩٧ / ١ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ١٠٢١ : ١ — يفرض فى الكفالة أنها انعقدت معلقة على شرط عدم وفاء المدين بالدين ، ما لم يكن الكفيل قد نزل عن هذا الشرط أو كان متضامنا مع المدين . ٢ — فإذا طولب الكفيل أولا ، جاز له عند الإجراءات الأولى التى توجه ضده أن يطالب الدائن باستيفاء دينه من أموال المدين واتخاذ الإجراءات ضده إذا ظهر أن أمواله القابلة للحجز تكفى لوفاء الدين بأكمله ، وتقدر المحكمة ما إذا كان هناك محل لوقف الإجراءات مؤقتا ضد الكفيل حتى يتم الاستيفاء .

م ١٠٢٢ : ١ — إذا طلب الكفيل استيفاء الدائن دينه من أموال المدين ، وجب عليه أن يدل الدائن على هذه الأموال وأن يقدم له مبلغا يكفى للوفاء بتكاليف الإجراءات ٢ — ولا عبرة =

ويخلص من هذا النص أنه إذا بدأ الدائن بالرجوع على الكفيل وحده ، فلكفيل أن يدفع رجوع الدائن عليه بوجوب رجوعه أولا على المدين . والذى يقع فى العمل أن الدائن لا يبدأ بالرجوع على الكفيل وحده ، وكذلك لا يبدأ بالرجوع على المدين وحده ، وإنما يرجع عليهما معاً فى وقت واحد ويطالبهما بوفاء الدين ، المدين باعتباره مديناً أصلياً والكفيل باعتباره كفيلا . وفى هذه الحالة لا محل للدفع بوجوب الرجوع على المدين أولا ، فقد رجع الدائن على المدين والكفيل فى وقت واحد .

ولكن قد يقع أن الدائن يتعجل ، وقبل أن يتثبت من جدوى الرجوع على المدين يتركه ويرجع على الكفيل وحده . فى هذه الحالة يكون للكفيل الحق فى دفع رجوع الدائن عليه بوجوب رجوعه أولا على المدين ، طبقاً لنص المادة ١/٧٨٨ مدنى سالفة الذكر . ولم يكن فى التقنين المدنى السابق نص يماثل هذا النص ، كما لا يوجد فى التقنين المدنى الفرنسى نص مثله .

= بالأموال التى يدل عليها الكفيل إذا كانت هذه الأموال خارج الأراضى العراقية ، أو كانت أموالا متنازعا فيها .

قانون الموجبات والعقود اللبنانى م ١٠٧٢ : يحق للكفيل أن يطلب من الدائن فى بدء المحاكمة وقبل كل دفاع فى الأساس أن يداعى أولا المديون الأصلى فى أمواله المنقولة وغير المنقولة ، وأن يعين له منها ما يصح منه التنفيذ على شرط أن يكون موقعها فى المناطق الخاضعة لصلاحية محاكم الدول المشمولة بالانتداب الفرنسى – وفى هذه الحالة تقف مداعاة الكفيل إلى أن يتم التقاضى فى أموال المدين ، ولكن ذلك لا يمنع الترخيص للدائن فى اتخاذ الوسائل الاحتياطية فى حق الكفيل . وإذا كان للدائن رهن أرض فى الحبس على بعض أموال المديون المنقولة ، وجب عليه استيفاء دينه منه ، إلا إذا كان هذا المال موضوعاً لتأمين موجبات أخر على المديون وكان غير كاف لإيفائها جميعا .

م ١٠٧٣ : لا يجوز للكفيل أن يتشبث بتقديم مداعاة المديون الأصلى : أولا – إذا كان قد عدل صراحة عن هذا الحق ، ولا سيما إذا كان قد التزم الموجب بالتضامن مع المديون الأصلى . ثانياً – إذا أصبح المديون الأصلى فى حالة إعسار مشهود أو أعلن عجزه . ثالثاً – إذا كانت الأموال التى تصح فيها المداعاة موضوعاً للنزاع أو مرهونة تأميناً لديون تستغرق قسما كبيراً من قيمتها أو كانت غير كافية بوجه واضح لإيفاء الدائن ، أو إذا لم يعد للمديون على هذه الأموال إلا حق قابل للإلغاء .

م ١٠٧٤ : إن الكفيل الذى يتشبث بتقديم مداعاة المديون يجب عليه أن يعين للدائن أموال المديون الأصلى ، وأن يتكفل بالمصاريف اللازمة للتنفيذ .

ولذلك جرى العمل فى ظل التقنين المدنى السابق ، كما هو الأمر فى التقنين المدنى الفرنسى ، أن الدائن يطالب الكفيل أولا دون حاجة إلى مطالبة المدين الأصلى أو التنبيه عليه بالوفاء أو حتى إعذاره ، وهذا من أثر الفكرة القديمة التى كانت فى أوائل عهود القانون الرومانى من تشبيه الكفيل بالمدين المتضامن ، ولكن الكفيل يكون له الحق فى هذه الحالة فى طلب تجريد المدين[1] .

أما الآن وقد وجد نص المادة ١/٧٨٨ فى التقنين المدنى المصرى الجديد ، فقد وجب على الدائن أن يرجع أولا على المدين ، وذلك قبل أن يرجع على الكفيل . فإن رجع على الكفيل أولا ، كان لهذا كما قدمنا أن يدفع رجوع الدائن بوجوب رجوعه أولا على المدين . ويبدو أن هذا الدفع بسبق الرجوع على المدين كان يختلط فى ظل التقنين المدنى السابق ، كما يختلط الآن فى ظل التقنين المدنى الفرنسى ، بالدفع بالتجريد الذى سيأتى بيانه . فكان الكفيل يدفع رجوع الدائن عليه أولا بالدفع بالتجريد . وكان عليه منذ مطالبة الدائن له أن يقوم بإرشاده إلى أموال للمدين تفى بالدين كله ، ولا ينتظر حتى يجئ دور التنفيذ على ماله . فلم يكن هناك إلا دفع واحد هو الدفع بالتجريد ، يدفع به الكفيل مطالبة الدائن إياه إذا بدأ هذا بمطالبته . فإذا فات الكفيل أن يدفع مطالبة الدائن إياه بالدفع بالتجريد ، وحصل الدائن على حكم قابل للتنفيذ ضد الكفيل وشرع الدائن بالتنفيذ على أموال الكفيل ، فقد كان لهذا الأخير أن يتدارك ما فاته عند مطالبة الدائن إياه بالدين ، ويدفع بالتجريد

---

(١) بودرى وفال فقرة ١٠٢٣ – پلانيول وريپير وساڤاتييه فقرة ١٥٣٥ ص ٩٨٤ – ص ٩٨٥ – وقد قضى فى مصر ، فى ظل التقنين المدنى السابق ، بأن الكفيل ، متى كان غير متضامن ، الحق فى إلزام الدائن بمطالبة المدين بالوفاء ، وعليه فى هذه الحالة أن يثبت أن المدين الأصلى يمتلك أموالا يجوز حجزها تفى بأداء الدين بتمامه (استئناف وطنى ٤ مايو سنة ١٨٩٤ – الحقوق ٩ ص ٣٦٣ – ٢ أبريل سنة ١٨٩٦ الحقوق ١١ ص ٢١٣ – ٢ يونيه سنة ١٩٠٤ الحقوق ١٩ ص ١٦٩ – ٨ مارس سنة ١٩١٥ الحقوق ٣٠ ص ١٧٨) – استئناف أسيوط ٣١ يناير سنة ١٩٢٨ المحاماة ٨ رقم ٣٣٥ ص ٥١١ – استئناف مصر ١١ فبراير سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٣٠ ص ٨١ (لا يلزم الدائن بإدخال المدين الأصلى إلا إذا طلب الكفيل غير المتضامن ذلك عند اتخاذ الإجراءات ضده ، فإذا سكت عن التمسك بهذا الحق فسكوته دليل على تنازله عن التمسك بحق الرجوع على المدين الممنوح بقوة القانون بمقتضى المادة ٥٠٢ مدنى) .

متمسكاً بأنه لا يجوز التنفيذ على ماله إلا بعد تجريد المدين . ولكن الدفع بالتجريد هو هو ، بنفس شروطه وآثاره ، سواء دفع به من مبدأ الأمر عند مطالبة الدائن للكفيل ، أو دفع به بعد ذلك عند تنفيذ الدائن على مال الكفيل[1]؛ ولكن صياغة التقنين المدنى الجديد ميزت بين الدفع فى مبدأ الأمر عند مطالبة الدائن للكفيل ، فسمته الدفع بوجوب رجوع الدائن على المدين أولا (م ١/٧٨٨ مدنى) ، والدفع عند تنفيذ الدائن على مال الكفيل أولا، فسمته وحده دون الدفع الأول بالدفع بالتجريد (م ٢/٧٨٨ مدنى) . فهناك إذن فى التقنين المدنى الجديد دفعان متميزان أحدهما عن الآخر ، الدفع برجوع الدائن على المدين أولا والدفع بالتجريد . وأصبح هذا التميز قائماً فى التقنين المدنى الجديد ، ولم يقتصر الأمر على مجرد التسمية ، بل تعداه إلى الشروط . فشروط الدفع بالتجريد بقيت كما هى ، أما شروط الدفع برجوع الدائن على المدين أولا فتختلف عن شروط الدفع بالتجريد كما سنرى . ولم يكن هذا التميز قائماً فى المشروع التمهيدى ، فقد كان هذا المشروع يخلط بين الدفعين ويسميهما معاً بالدفع بالتجريد[2] . ولما كان العمل قد جرى فى ظل التقنين المدنى السابق على رجوع الدائن على كل من المدين والكفيل فى نفس الوقت للحصول على حكم بإلزامهما معاً بالوفاء ، فإذا حصل الدائن على هذا الحكم

---

(١) استئناف مختلط ٢٩ مارس سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ١٨٣ – ١٩ ديسمبر سنة ١٩٠٠ م ١٣ ص ٦٠ – ٢٨ يناير ١٩٠٣ م ١٥ ص ١٠٦ – ٢٥ مارس سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ١٣٧ – ١٦ فبراير سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٥٧ – ٢٢ مارس سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٠٧ – ١٠ مايو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤١٧ – ١١ يونيه سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٩٩ – ١٦ يونيه سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ١٨٨ .

(٢) فكانت المادة ١١٤٤ من هذا المشروع تنص على أنه « لا يجبر الكفيل على الوفاء للدائن إلا إذا لم يوفه المدين . ويجب أن يرجع الدائن أولا على المدين ، إلا إذا تنازل الكفيل عن حق التجريد أو التزم متضامناً مع المدين ، فيخضع التزامه فى هذه الحالة للقواعد الخاصة بالتضامن » . وكانت المادة ١١٤٤ مكررة من المشروع تنص على أنه « إذا طلب الكفيل التجريد ، وجب عليه أن يدل الدائن على أموال المدين ، وأن يقدم له المبالغ الكافية للقيام بالتجريد » . وكانت المادة ١١٤٥ من المشروع تنص على أنه « لا يلزم الدائن بتجريد المدين إلا إذا طلب الكفيل ذلك عند الإجراءات الأولى التى توجه ضده » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٤٩٤ وص ٥٠٠) .

بدأ بالتنفيذ ضد المدين ولا يرجع على الكفيل إلا إذا كانت أموال المدين لا تفي بالدين ، فقد ميزت لجنة المراجعة بين الرجوع والتنفيذ ، ورأت أن يكون نص المادة ٧٨٨ مدنى « من شقين » ، الأول يتناول الرجوع والثانى يتناول التنفيذ ، لأن نص المشروع (التمهيدى) يخلط بينهما خلطاً تتداخل فيه أحكام الأمرين . وبالنسبة للشق الأول رأت أن يمنع النص الدائن من الرجوع على الكفيل البسيط وحده إلا بعد رجوعه على المدين ، وجعلت الحكم فى الشق الثانى خاصاً بالتنفيذ فمنعت الدائن من التنفيذ على الكفيل إلا بعد تجريده المدين . ثم أضافت للحكمين حكماً ثالثاً مفاده تمسك الكفيل بحقه فى الصورتين ، بحيث لو رفعت دعوى عليه وحده ولم يتمسك بحكم الشق الأول جاز الحكم عليه ، وبالمثل فى حالة التنفيذ . وأصبح النص كما يأتى :
١ – لايجوز للدائن أن يرجع على الكفيل وحده إلا بعد رجوعه على المدين .
٢ – لا يجوز أن ينفذ على أموال الكفيل إلا بعد تجريد المدين من أمواله .
٣ – يجب على الكفيل فى الحالتين أن يتمسك بهذا الحق »[1] . وبذلك أصبح هناك دفعان ، دفع بوجوب الرجوع أولا على المدين ويبدى عند مطالبة الدائن للكفيل ، ودفع بالتجريد ويبدى عند التنفيذ على مال الكفيل . وزاد هذا التمييز وضوحاً عند مناقشة النص فى لجنة مجلس الشيوخ ، تحت الاعتقاد أن هذا التمييز كان قائماً فى ظل التقنين المدنى السابق ، إذ ورد فى مناقشات هذه اللجنة ما يأتى : « وبعد مراجعة القانون القائم (السابق) . . . تبين أن سقوط حق الكفيل فى التمسك بالتجريد يكون عند التنفيذ فقط ، وليس عند رفع الدعوى. ولذا رأت اللجنة إدماج الفقرتين الثانية والثالثة فى فقرة واحدة ، حتى يكون حكم السقوط قاصراً على التنفيذ فقط . وقد اقتضى هذا تعديل الفقرة الثالثة التى أدمجت فى الفقرة الثانية ، بحيث يصدق حكمها على حالة التنفيذ فقط . وقد أصبح نص الفقرة الثانية كالآتى : « ولا يجوز أن ينفذ على أموال الكفيل إلا بعد تجريد المدين من أمواله ، ويجب على الكفيل فى هذه الحالة التمسك بهذا الحق »[2] . وهكذا أصبح التقنين المدنى الجديد

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٤٩٧ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٤٩٨ – ص ٤٩٩.

يميز بين الدفع برجوع الدائن على المدين أولا وبين الدفع بالتجريد ، ولايجعلهما دفعاً واحداً ، ويجعل شروط الدفع الأول تختلف عن شروط الدفع الثانى . وليس لنا إلا أن نجارى المشرع فيما ذهب إليه من هذا التمييز ، ونبحث الدفع برجوع الدائن على المدين أولا مستقلا عن الدفع بالتجريد ، ونقصر الدفع بالتجريد على حالة التنفيذ على مال الكفيل قبل مال المدين .

ففيما يتعلق بالدفع بوجوب رجوع الدائن على المدين أولا ، نبحث شروط هذا الدفع وما يترتب عليه من أثر .

أما شروط الدفع فثلاثة : (الشرط الأول) بالإضافة إلى أن الكفيل لا يكون متضامناً مع الأصيل كما هو المفروض[1] ، يجب أيضاً ألا يكون الكفيل قد نزل عن حقه فى رجوع الدائن على المدين أولا قبل أن يرجع عليه ، فإن هذا حق قد تقرر لمصلحته فله أن ينزل عنه صراحة أو ضمناً ، فى عقد الكفالة أو بعد ذلك[2] . (الشرط الثانى) أن يكون رجوع الدائن على المدين ذا فائدة . فإذا كان المدين معسراً ، أو ظاهر العجز عن الوفاء بالدين بأن لم تكن له أموال ظاهرة يمكن التنفيذ عليها ، فلا فائدة من تمسك الكفيل بحقه ولا مصلحة له فى ذلك . وعبء الإثبات هنا يقع على الدائن لا على الكفيل ، فعلى الدائن أن يثبت أن المدين معسر أو ظاهر العجز عن الوفاء بالدين ، وهذا بخلاف الدفع بالتجريد فسنرى أن عبء إثبات وجود أموال للمدين يمكن التنفيذ عليها يقع على الكفيل . وخلافاً للدفع

---

(١) وكما يتبين من الأعمال التحضيرية ، فقد ورد فى لجنة المراجعة ما يأتى : « وبالنسبة للشق الأول ، رأت أن يمنع النص الدائن من الرجوع على الكفيل البسيط وحده إلا بعد رجوعه على المدين . . . » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٤٩٧) . وقد ورد نص صريح فى ذلك بالنسبة إلى كفيل الكفيل ، وهو بالنسبة إلى الكفيل فى مركز الكفيل بالنسبة إلى المدين ، فنصت المادة ٧٩٧ مانى على ما يأتى : « تجوز كفالة الكفيل . وفى هذه الحالة لا يجوز للدائن أن يرجع على كفيل الكفيل قبل رجوعه على الكفيل ، إلا إذا كان كفيل الكفيل متضامنا مع الكفيل » (عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٧٨ – منصور مصطفى منصور فقرة ٢٩ ص ٥٦) .

(٢) ويذهب بعض الفقهاء إلى أن النزول لا يكون إلا صريحاً (سليمان مرقس فقرة ٦٥ ص ٧٠) . ولكن ما دام لا يوجد نص يشترط أن يكون النزول صريحاً ، فإنه لا يوجد مانع من أن يكون النزول ضمنا (منصور مصطفى منصور فقرة ٢٩ ص ٥٧) .

بالتجريد أيضاً ، لا يلزم لتوافر هذا الشرط الثانى أن يكون عند المدين أموال كافية للوفاء بكل الدين ، بل يكفى أن يكون عنده أموال تفى ببعض الدين ، فيرجع الدائن على هذه الأموال ثم يستوفى بقية الدين من الكفيل[1] . وفى الدفع بالتجريد تقضى المادة ١/٧٨٩ مدنى ، كما سنرى ، أنه يجب على الكفيل أن يرشد الدائن « إلى أموال للمدين تفى بالدين كله » . (الشرط الثالث) أن يتمسك الكفيل بالدفع . ويجوز للكفيل أن يتمسك بالدفع فى أية حالة كانت عليها الدعوى ، ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف . وذلك بأن الدفع هو دفع بعدم قبول الدعوى ، والدفع بعدم قبول الدعوى يجوز التمسك به فى أية حالة كانت عليها الدعوى[2] . ولكن لابد من أن يتمسك الكفيل بهذا الدفع فلا يجوز للمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها . وما دام الكفيل يجوز له النزول عن الدفع كما قدمنا ، فسكوته عنه قد يحمل على أنه أراد النزول ، فإذا لم يكن قد نزل وجب عليه أن يتمسك به ولا يجوز للمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها . والذى أوجد الشبهة فى هذه المسألة أن الفقرة الأولى من المادة ٧٨٨ مدنى الخاصة بهذا الدفع لا تصرح بوجوب أن يتمسك به الكفيل ، أما الفقرة الثانية من نفس المادة وهى الخاصة بالدفع بالتجريد فتصرح بوجوب تمسك الكفيل بالدفع . ففهم بعض الفقهاء[3] من ذلك ، بمفهوم المخالفة ، أنه ليس من الواجب على الكفيل التمسك بهذا الدفع بل يجوز للمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها ، خلافاً للدفع بالتجريد . ولكن الرجوع إلى الأعمال التحضيرية يبين أن هذا لم يكن مقصوداً ، بل على العكس من ذلك كانت

---

(١) وقد جاء فى مناقشات لجنة الأستاذ كامل صدقى فى هذا الخصوص أن أحد أعضاء هذه اللجنة رأى جواز تمسك الكفيل بالدفع إذا كانت أموال المدين الجائز الحجز عليها تفى بجزء من الدين ، فانضمت إليه أغلبية الأعضاء . ورأت اللجنة حذف عبارة « تفى بأداء الدين بتمامه » لأن هذا أصلح للكفيل من جهة ، ومن جهة أخرى لن يلحق بالدائن أى ضرر إذ أنه يستوفى بقية الدين من الكفيل . انظر مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٤٩٤ – ص ٤٩٦ فى الهامش .

(٢) عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٧٧ ص ١٢٥ – محمد على إمام فقرة ٥٨ ص ٩٤ – جمال الدين زكى فقرة ٤٩ ص ٩٩ – سليمان مرقس فقرة ٦٤ ص ٦٧ – منصور مصطفى منصور فقرة ٢٩ ص ٥٥ .

(٣) سليمان مرقس فقرة ٦٤ ص ٦٨ .

لجنة المراجعة قد أضافت فقرة توجب فيها فى هذا الدفع وفى الدفع بالتجريد معاً أن يتمسك الكفيل بالدفع ، وكانت هذه الفقرة تجرى على الوجه الآتى : « يجب على الكفيل فى الحالتين أن يتمسك بهذا الحق » . وكان من الخير إبقاء هذه الفقرة ، ولكن لجنة مجلس الشيوخ أدمجتها بالفقرة التى قبلها فجعلتها لا تنصرف فى الظاهر إلا إلى الدفع بالتجريد ، إذ جرت بما يأتى : « ولا يجوز له (للدائن) أن ينفذ على أموال الكفيل إلا بعد تجريد المدين من أمواله ، ويجب على الكفيل فى هذه الحالة أن يتمسك بهذا الحق » . ولم تقصد لجنة مجلس الشيوخ أن تنفى ، عن الدفع الذى نحن بصدده وجوب تمسك الكفيل به كما يتمسك بالدفع بالتجريد ، بل كل ما قصدته إدماج الفقرة الثالثة فى الفقرة الثانية دون تغيير فى الحكم الخاص بوجوب تمسك الكفيل بكل من الدفعين ، وقد جاء فى تقريرها فى هذا الخصوص : « أدمجت اللجنة الفقرة الثالثة من هذه المادة فى الفقرة الثانية مع تعديل لفظى طفيف لا يمس جوهر الحكم »[١] . لذلك يجب القول بأن الكفيل ، كما يجب عليه التمسك بالدفع بالتجريد ، يجب عليه أيضاً التمسك بالدفع بوجوب رجوع الدائن على المدين أولا[٢] .

ويترتب على التمسك بالدفع بوجوب رجوع الدائن على المدين أولا ، إذا استوفى هذا الدفع الشروط الثلاثة السابق بيانها ، أن يقضى بعدم قبول الدعوى التى رفعها الدائن على الكفيل وحده . ويجب عندئذ على الدائن ، إذا لم يرفع الدعوى على كل من المدين والكفيل فى وقت واحد فتكون مقبولة كما قدمنا ، أن يرجع على المدين أولا يطالبه قضائياً بوفاء الدين . فلا يكفى إذن إعذار المدين بالوفاء ، بل تجب المطالبة القضائية . ويحل محل المطالبة القضائية التنبيه بالوفاء (commandement) ، إذا كان لدى الدائن سند رسمى قابل للتنفيذ ضد المدين . كذلك يحل محل المطالبة القضائية ، إذا كان

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٤٩٩ .

(٢) عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٧٧ – محمد على إمام فقرة ٥٨ ص ٩٤ – جمال الدين زكى فقرة ٤٩ ص ٩٩ – منصور مصطفى منصور فقرة ٢٩ ص ٥٧ – ص ٥٨ .

المدين قد أفلس فامتنع على الدائن اتخاذ إجراءات فردية ضده ، أن يتقدم الدائن بحقه فى التفليسة ، وهذا يعتبر رجوعاً على المدين[١] .

٤٥ – تمسك الكفيل بالدفوع التى يحتج بها المدين – نص قانونى :
تنص المادة ٧٨٢ مدنى على ما يأتى :

« ١ – يبرأ الكفيل بمجرد براءة المدين ، وله أن يتمسك بجميع الأوجه التى يحتج بها المدين » .

« ٢ – على أنه إذا كان الوجه الذى يحتج به المدين هو نقص أهليته ، وكان الكفيل عالماً بذلك وقت التعاقد ، فليس له أن يحتج بهذا الوجه »[٢] .

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٧٦ ص ١٣٠ – محمد على إمام فقرة ٥٦ ص ٩٢ – جمال الدين زكى فقرة ٤٩ ص ٩٨ – منصور مصطفى منصور فقرة ٢٩ ص ٥٥ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١١٥٩ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « يبرأ الكفيل بمجرد براءة المدين ، وله أن يتمسك بجميع الأوجه التى يحتج بها المدين ما عدا الأوجه المتصلة بشخصه خاصة ، وذلك مع مراعاة ما ورد بالمادة ١١٣٥ » . ووافقت لجنة المراجعة على هذا النص ، وأصبح رقمه ٨٥١ فى المشروع النهائى . وفى لجنة الشؤون التشريعية لمجلس النواب ، عدل النص فأصبح مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد تحت رقم ٨٤٩ . وقالت اللجنة فى سبب هذا التعديل ما يأتى : « التعديل من شأنه ألا يقيد من إطلاق العبارة التى وردت فى آخر النص الأصلى وحذفت عند التعديل ، وهى : ما عدا الأوجه المتصلة بشخصه خاصة ؛ فإن المقصود بهذه العبارة هو نقص الأهلية ، ولكن عدم احتجاج الكفيل بنقص أهلية المدين ينبغى ألا يكون مطلقاً ، وينبغى أن نميز بين ما إذا كان الكفيل يعلم بنقص أهلية المدين فلا يجوز له فى هذه الحالة أن يحتج بذلك ، وبين ما إذا كان لا يعلم بنقص الأهلية فينبغى أن يكون له الحق فى الاحتجاج بذلك وفقاً للقواعد العامة » . ووافق مجلس النواب على النص كما عدلته لجنته . ووافق عليه مجلس الشيوخ تحت رقم ٧٨٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٤٦٧ – ص ٤٦٩) .

ويقابل النص فى التقنين المدنى السابق المادة ٥٠٩ / ٦٢٢ : يبرأ الكفيل بمجرد براءة المدين ، وله أن يتمسك بجميع الأوجه التى يحتج بها المدين بها ما عدا الأوجه الخاصة بشخصه .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٧٤٨ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٧٩١ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى لا مقابل .

قانون الموجبات والعقود اللبنانى م ١٠٧٧ : يحق للكفيل أن يدلى بجميع أسباب الدفع –

ويخلص من هذا النص أن الأصل . كما تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى[1] . أن « التزام الكفيل تابع للالتزام الأصلى ، وهو يبطل كلما بطل هذا الالتزام . كما أنه ينقضى بمجرد انقضائه . على أن المشروع يتحفظ بالنسبة للحكم الوارد بالمادة ١١٣٥ الخاص بكفالة التزام ناقص الأهلية إذا كان الكفيل يعلم بنقص الأهلية . فإنه استثناءاً لا يجوز للكفيل فى هذه الحالة التمسك ببطلان الالتزام الأصلى » .

فالتزام الكفيل ، وهو تابع لالتزام المدين ، يكون باطلا أو قابلا للإبطال إذا كان التزام المدين باطلا أو قابلا للإبطال . فيما عدا أن يكون التزام المدين قابلا للإبطال لنقص الأهلية ففيه تفصيل كما سيأتى . وإذا انقضى التزام المدين ، انقضى معه التزام الكفيل . ولما كان المدين يستطيع أن يحتج بأوجه الدفع هذه وبأن التزامه باطل أو قابل للإبطال أو بأن التزامه قد انقضى لسبب من أسباب انقضاء الالتزام ، كذلك للكفيل أن يتمسك بأوجه الدفع الذى يستطيع المدين أن يحتج بها من بطلان أو قابلية للإبطال أو انقضاء . ولا يتمسك الكفيل بأوجه الدفع هذه ضد التزام المدين ، بل ضد التزامه هو ، فإن التزامه يكون هو أيضاً باطلا أو قابلا للإبطال أو منقضياً تبعاً لالتزام المدين . فهو إذن يتمسك بأوجه الدفع هذه باسمه هو لا باسم المدين ، ويتمسك بها ضد التزامه هو لا ضد التزام المدين . ويترتب على ذلك أن للكفيل أن يتمسك بوجه من هذه الأوجه ضد التزامه هو ، ولو نزل المدين عن هذا الدفع فإنه إنما ينزل عن الدفع بالنسبة إلى التزامه كمدين ، ويبقى أن يتمسك الكفيل بالدفع الذى نزل عنه المدين إذ يتمسك به ضد التزامه هو ككفيل ، لا ضد التزام المدين فقد نزل هذا عن الدفع كما سبق القول . فإذ انزل المدين عن حقه فى إبطال العقد لعيب من عيوب الرضاء وأجاز العقد ، فإن هذا

ـالمختصة بالمديون الأصلى شخصية كانت أو عينية ، ومن جملتها الأسباب المبنية على عدم أهلية المديون الأصلى — ويكون له هذا الحق بالرغم من معارضة المديون الأصلى أو عدوله عن تلك الأسباب ، وله كذلك حق الإدلاء بأسباب الدفع المختصة بشخص المديون دون سواه كإسقاط الدين الذى تم لشخص المديون .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٤٦٨ .

لا يمنع الكفيل من أن يتمسك بهذا العيب ضد التزامه هو ككفيل . وإذا نزل المدين عن حقه فى التمسك بالتقادم ، فإن هذا لا يمنع الكفيل من أن يتمسك بالتقادم ضد التزامه هو ككفيل[1] . ويترتب على ذلك أيضاً أن الكفيل له أن يتدخل فى الدعوى القائمة بين الدائن والمدين ويطالب براءة ذمته من التزامه هو متمسكاً بدفع من هذه الدفوع ، بل له أن يتمسك بهذا الدفع بدعوى مبتدأة يرفعها على الدائن[2] .

ونستعرض أوجه الدفع الذى يتمسك بها الكفيل ، فى هذا الصدد ، فنتكلم فى الدفع بالبطلان وفى الدفع بالإبطال وفى الدفع بالانقضاء .

فإذا كان التزام المدين باطلا لعيب فى الشكل أو لانعدام الرضاء أو لعدم توافر شروط المحل أو لعدم مشروعية السبب ، أو لأى سبب آخر من أسباب بطلان الالتزام ، كان التزام الكفيل باطلا مثله ولنفس السبب . وللكفيل أن يتمسك ببطلان التزامه ، كما للمدين أن يتمسك هو أيضاً ببطلان التزامه .

وللكفيل أن يتمسك بإبطال عقد الكفالة ، لأن عقد المدين قابل للإبطال لعيب فى الرضاء ، كأن شابه غلط أو تدليس أو إكراه مما يجعل العقد قابلا للإبطال . ويبقى للكفيل الحق فى طلب إبطال عقد الكفالة لعيب فى الرضاء ، ولو أجاز المدين العقد الأصلى فأصبح لا يستطيع التمسك بإبطال هذا العقد . أما إذا كان السبب فى إبطال العقد الأصلى هو نقص أهلية المدين ، بأن كان هذا قاصراً أو محجوراً عليه ، فهنا يجب التمييز بين ما إذا كان الكفيل لا يعلم بنقص أهلية المدين أو كان يعلم بها . فإن كان الكفيل لا يعلم بنقص أهلية المدين ، كان له أن يتمسك بإبطال عقد الكفالة كما يكون للمدين أن يتمسك بإبطال العقد الأصلى لنقص الأهلية . ويستوى فى ذلك أن يجاز العقد الأصلى أو لا يجاز ، فى الحالتين يكون للكفيل أن يتمسك بإبطال عقد الكفالة . أما إذا كان الكفيل عالماً بنقص أهلية المدين ، فله أيضاً أن يبطل عقد الكفالة . لكن إذا أجاز المدين عند زوال نقص الأهلية ، أو أجاز وليه أو وصيه أو

(١) منصور مصطفى منصور فقرة ٣٣ ص ٦٤ .

(٢) منصور مصطفى منصور فقرة ٣٣ ص ٦٤ .

القيم عليه بإذن المحكمة عند الاقتضاء ، العقد الأصلى ، فنى رأينا أن الكفيل لا يستطيع أن يبطل عقد الكفالة ما دام العقد الأصلى قد أجيز . فإذا كان الكفيل ليس فحسب عالما بنقص الأهلية ، بل هو قد كفل ناقص الأهلية بسبب نقص أهليته ، فإنه لا يستطيع أن يبطل عقد الكفالة حتى لو تمسك المدين بنقص أهليته وأبطل العقد الأصلى . ذلك بأن الكفيل إنما كفل المدين بسبب نقص أهليته ، فإذا تمسك المدين بنقص الأهلية ، وأبطل العقد الأصلى، أصبح الكفيل مديناً أصلياً وصار مسئولا عن الدين نحو الدائن ، وهو إنما تعاقد مع الدائن ناظراً لهذا الاحتمال[1] .

وللكفيل أن يتمسك بانقضاء التزامه ككفيل ، تبعاً لانقضاء التزام المدين[2] .

---

(١) انظر ما قدمناه آنفا فى هذا الصدد فقرة ٢١ — وهناك آراء ثلاثة فى هذه المسألة :

الرأى الأول ، وعليه أكثر الفقهاء المصريين ، يذهب إلى أن المادة ٢/٧٨٢ مدنى يجب أن تفهم بالرجوع إلى الأعمال التحضيرية ، على معنى أن الكفيل كفل ناقص الأهلية بسبب نقص أهليته ، ولذلك ليس له أن يحتج بنقص الأهلية على الدائن . أما الكفيل الذى يقتصر على العلم بنقص أهلية المدين دون أن تكون الكفالة بسبب نقص الأهلية ، فإنه يجوز له أن يتمسك بنقص الأهلية حتى لو أجاز المدين عقد الدين الأصلى .

والرأى الثانى (منصور مصطفى منصور فقرة ٣٤ ص ٦٥ — ص ٦٦) يذهب إلى أن الكفيل الذى يقتصر على العلم بنقص أهلية المدين ، دون أن يكفله بسبب نقص أهليته ، يبقى التزامه قائما ما دام التزام المدين ناقص الأهلية قائما ولم يطلب المدين إبطاله . أما إذا أبطله ، فإنه يزول ويزول معه التزام الكفيل .

والرأى الثالث (وهو الرأى الذى نقول به) يذهب إلى أن الكفيل الذى يقتصر على العلم بنقص أهلية المدين دون أن يكفله بسبب نقص أهليته ، يجوز له أن يحتج بنقص الأهلية حتى لو لم يطالب المدين إبطال العقد وبقى التزامه قائما ولكنه لم يجز العقد . ولا يمتنع عليه الاحتجاج بنقص الأهلية ، إلا إذا أجاز المدين العقد الأصلى وصار هذا العقد غير قابل للإبطال . ويظهر الفرق بين الرأى الثانى والرأى الثالث فى الفرض الآتى : إذا لم يبطل المدين العقد لنقص الأهلية ولكن لم يجزه فبقى العقد قابلا للإبطال ، فالرأى الثانى يذهب إلى أن الكفيل لا يستطيع أن يتمسك بإبطال عقد الكفالة لأن التزام المدين لا يزال قائما ، أما الرأى الثالث فيذهب إلى أن الكفيل يستطيع أن يتمسك بإبطال عقد الكفالة لأن المدين يستطيع أن يتمسك بإبطال عقد الدين الأصلى وإن كان لم يتمسك بإبطاله . والرأى الثالث يفسر المادة ٢/٧٨٢ مدنى كما يفسرها الرأى الأول على الوجه الآتى : إن الكفيل قد كفل ناقص الأهلية بسبب نقص أهليته ، ولذلك ليس له أن يحتج بنقص الأهلية ولو تمسك المدين الأصلى بذلك .

(٢) أما إذا لم ينقض التزام المدين ، بل بقى قائما ولو تغير شخص الدائن ، بأن حل —

فإذا انقضى التزام المدين بالوفاء ، جاز للكفيل أن يتمسك بانقضاء التزامه هو أيضاً تبعاً لانقضاء التزام المدين . ويقوم العرض الحقيقي بالنسبة إلى المدين مقام الوفاء إذا تلاه إيداع يتم وفقاً لأحكام تقنين المرافعات أو تلاه أي إجراء مماثل ، وذلك إذا قبله الدائن أو صدر حكم نهائي بصحته[1] .

وإذا انقضى التزام المدين بالوفاء بمقابل ، جاز للكفيل أن يتمسك بانقضاء التزامه تبعاً لذلك (م٣٣٩ مدنى) ، حتى لو استحق الشيء الذى أعطى مقابلا للدين (م ٧٨٣ مدنى) . وسنعود إلى هذه المسألة فيما يلي .

وإذا انقضى التزام المدين بالتجديد أو بالإنابة الكاملة ، جاز للكفيل أن يتمسك بانقضاء التزامه تبعاً لذلك ، إلا إذا رضى أن يكفل الالتزام الجديد .

أما الإنابة الناقصة فلا تبرئ ذمة المدين ، بل يقوم التزام المناب إلى جانب التزام المدين ، ومن ثم لا يجوز للكفيل أن يتمسك بانقضاء التزامه ، بل يبقى كفيلا لالتزام المدين الذى يبقى قائماً كما سبق القول .

وإذا انقضى التزام المدين بالمقاصة بين دينه ودين له فى ذمة الدائن ، جاز للكفيل أن يتمسك بانقضاء التزامه تبعاً لذلك . وله أن يتمسك بانقضاء التزامه حتى لو لم يتمسك المدين بالمقاصة ، بل حتى لو نزل المدين عن التمسك بالمقاصة .

= محله شخص آخر بعد أن وفاه هذا الشخص الآخر الدين أو حول الدائن حقه إلى محال له ، فإن التزام الكفيل لا ينقضي . بل يحل الموفى محل الدائن فى الكفالة (٣٢٩ مدنى) ، أو يتحول الحق بضماناته ومنها الكفالة إلى المحال له (م ٣٠٧ مدنى) . وإذا بقى الدين وتغير شخص المدين عن طريق حوالة الدين ، فإن الكفيل لابد أن يقبل كفالة المدين الجديد ، وإلا برئت ذمته (م ٣١٨ مدنى) — انظر فى ذلك منصور مصطفى منصور فقرة ٣٥ ص ٦٧ .

(١) وتنص المادة ١/٣٤٠ مدنى على أنه « إذا عرض المدين الدين وأتبع العرض بإيداع أو بإجراء مماثل ، جاز له أن يرجع فى هذا العرض ما دام الدائن لم يقبله ، أو ما دام لم يصدر حكم نهائى بصحته . وإذا رجع ، فلا تبرأ ذمة شركائه فى الدين ولا ذمة الضامنين » . وعلى ذلك لا تبرأ ذمة الكفيل ، إذا رجع المدين فى العرض على الوجه السالف الذكر . وتنص المادة ٢/٣٤٠ مدنى : « فإذا رجع المدين فى العرض بعد أن قبله الدائن ، أو بعد أن حكم بصحته ، وقبل الدائن منه هذا الرجوع ، لم يكن لهذا الدائن أن يتمسك بعد ذلك بما يكفل حقه من تأمينات ، وتبرأ ذمة الشركاء فى الدين وذمة الضامنين » . وعلى ذلك تبرأ ذمة الكفيل ، وإذا رجع المدين فى العرض وقبل الدائن الرجوع على الوجه المبين فى النص .

وإذا انقضى التزام المدين باتحاد الذمة ، كما لو ورث المدين الدائن أو أوصى الدائن للمدين بالدين ، جاز للكفيل أن يتمسك بانقضاء التزامه تبعاً لذلك ، ما لم يزل اتحاد الذمة بأثر رجعي كما إذا كانت الوصية معلقة على شرط فاسخ وتحقق الشرط .

وإذا انقضى التزام المدين بالإبراء ، جاز للكفيل أن يتمسك بانقضاء التزامه تبعاً لذلك . ولا يعتبر قبول الدائن الصلح من المدين المفلس إبراء له من جزء من الدين ، فيبقى الكفيل ضامناً لهذا الجزء .

وإذا انقضى التزام المدين باستحالة التنفيذ لسبب لا يد له فيه ، جاز للكفيل أن يتمسك بانقضاء التزامه تبعاً لذلك . أما إذا أصبح تنفيذ التزام المدين مستحيلا بخطأه ، فإنه يصبح مسئولا عن التعويض ، ويبقى الكفيل ضامناً لهذا التعويض .

وإذا انقضى التزام المدين بالتقادم دون أن يتقادم التزام الكفيل ، بأن كان هذا الالتزام الأخير مؤجلا مثلا لأجل أطول من أجل التزام المدين ، جاز للكفيل أن يتمسك بانقضاء التزامه لا لأنه تقادم ، بل تبعاً لانقضاء التزام المدين بالتقادم . ويتمسك الكفيل بانقضاء التزامه على هذا النحو حتى لو لم يتمسك المدين بالتقادم ، بل حتى لو نزل عن التمسك به .

٤٦ — **الدفوع الخاصة بالكفيل :** وللكفيل ، فضلا عن الدفوع التي يجوز أن يحتج بها المدين ، دفوع خاصة به لا يشترك فيها المدين . وهذه الدفوع إما أن تكون متعلقة بعقد الكفالة ذاته ، أو أن تكون راجعة إلى مركز الكفيل باعتباره كفيلا .

فالدفوع المتعلقة بعقد الكفالة ذاته ترجع إلى بطلان هذا العقد أو قابليته للإبطال دون أن يكون العقد المنشئ لالتزام المدين باطلا أو قابلا للإبطال ، فيجوز للكفيل أن يتمسك ببطلان عقد الكفالة وحده أو بقابليته للإبطال . وقد ترجع إلى ما يرد على التزام الكفيل وحده من أوصاف لم تستمد من الالتزام الأصلي ، كعدم تحقق الشرط الواقف أو تحقق الشرط الفاسخ ، فيتمسك الكفيل بأن التزامه لم ينشأ لأنه كان معلقاً على شرط واقف ولم يتحقق

هذا الشرط ، أو بأن التزامه قد انفسخ لأنه كان معلقاً على شرط فاسخ وقد تحقق هذا الشرط . وقد ترجع إلى انقضاء التزام الكفيل بطريق أصلي دون أن ينقضي التزام المدين ، وسيأتي بيان ذلك عند الكلام في انقضاء الكفالة ، فيتمسك الكفيل بانقضاء التزامه ولو لم ينقض التزام المدين .

والدفوع التي ترجع إلى مركز الكفيل باعتباره كفيلا ثلاثة : (١) الدفع ببراءة ذمة الكفيل بقدر ما أضاعه بخطأه من التأمينات (م ٧٨٤ مدنى) . (٢) الدفع ببراءة ذمة الكفيل لتأخر الدائن في اتخاذ الإجراءات ضد المدين (م ٧٨٥ مدنى) . (٣) الدفع ببراءة ذمة الكفيل بقدر ما أصابه من ضرر بسبب عدم تقدم الدائن في تفليسة المدين (م ٧٨٦ مدنى) . وسنبحث هذه الدفوع في مكانها عند الكلام في انقضاء الكفالة بطريق أصلي .

٤٧ — الدفع بالتجريد — نص قانوني : تنص المادة ٢/٧٨٨ مدنى على ما يأتي :

« ولا يجوز له (للدائن) أن ينفذ على أموال الكفيل إلا بعد تجريده المدين من أمواله ، ويجب على الكفيل في هذه الحالة أن يتمسك بهذا الحق[1] » .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١١٤٥ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : « لا يلزم الدائن بتجريد المدين إلا إذا طلب الكفيل ذلك عند الإجراءات الأولى التي توجه ضده » . وفي لجنة المراجعة أدمجت هذه المادة بالمادة التي قبلها ، وجعل النص الموحد من شقين ، الأول يتناول الرجوع والثاني يتناول التنفيذ ، لأن المشروع يخلط بينهما خلطا تتدخل فيه أحكام الأمرين . وبالنسبة إلى الشق الأول رأت اللجنة أن يمنع النص الدائن من الرجوع على الكفيل البسيط وحده إلا بعد رجوعه على المدين ، وجعلت الحكم في الشق الثاني خاصا بالتنفيذ فمنعت الدائن من التنفيذ على الكفيل إلا بعد تجريده المدين (انظر تاريخ نص المادة ١/٧٨٨ مدني آنفا فقرة ٤٤ في الهامش) . ووافق مجلس النواب على النص تحت رقم ٢/٨٥٥ . وفي لجنة مجلس الشيوخ قال رئيس اللجنة : « إنه ليس من العدل أن نحرم على الدائن التنفيذ على أموال الكفيل إذا وجد أن المدين يعمل على تهريب أمواله ، إذ يجب أن يكون له في مثل هذه الحالة أن ينفذ على أموال الكفيل على أن يقف في التنفيذ عند حد الحجز » . فأجيب « بأن للدائن في مثل هذه الحالة أن يلجأ إلى الحجز مثلا كإجراء تحفظي ، ولكن معلوما أنه لا يجوز له بيع أموال الكفيل أو نزع ملكيتها إلا بعد تجريد المدين من أمواله » . وأثير اعتراض « على الفقرة الثالثة التي تقضي بوجوب تمسك المدين بحق التجريد عند الرجوع عليه من الدائن أو عند ما يتخذ هذا الدائن ضده إجراءات تنفيذية . (وقيل) إنه يجب قصر التمسك بحق التجريد على التنفيذ » . وبعد مراجعة القانون القائم (السابق) « تبين أن سقوط حق الكفيل في التمسك بالتجريد يكون —

وقد قدمنا(١) أن التقنين المدنى الجديد ميز بين الدفع برجوع الدائن على المدين أولا والدفع بالتجريد (bénéfice de discussion) وكان التقنين المدنى السابق يجعلهما دفعاً واحداً ويسميه الدفع بالتجريد . والدفع بالتجريد فى التقنين المدنى الجديد لا يكون إلا عند ما يحصل الدائن على سند قابل للتنفيذ من الكفيل ويشرع فى التنفيذ على أمواله ، فحينئذ يحق للكفيل أن يدفع بأنه لا يجوز التنفيذ عليه إلا بعد تجريد الدائن المدين من أمواله كما يقرر النص سالف الذكر .

= عند التنفيذ فقط ، وليس عند رفع الدعوى . ولذا رأت اللجنة إدماج الفقرتين الثانية والثالثة فى فقرة واحدة ، حتى يكون السقوط قاصراً على التنفيذ فقط . وقد اقتضى هذا تعديل الفقرة الثالثة التى أدمجت فى الفقرة الثانية بحيث يصدق حكمها على حالة التنفيذ فقط » . وأصبح نص الفقرة الثانية مطابقا لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد تحت رقم ٧٨٨ / ٢ . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٤٩٣ – ص ٤٩٩) .

ويقابل النص فى التقنين المدنى السابق المادة ٥٠٢/٦١٢ : للكفيل غير المتضامن الحق إذا لم يتركه فى إلزام رب الدين بمطالبة المدين بالوفاء ، إذا كان الظاهر أن أمواله الجائز حجزها تفى بأداء الدين بتمامه . وحينئذ فللمحكمة النظر والحكم فى إيقاف المطالبة الحاصلة للكفيل إيقافا مؤقتا ، مع عدم الإخلال بالإجراءات التحفظية . (ونص التقنين المدنى السابق يجعل الدفع بالتجريد يتناول أيضاً الدفع بمطالبة الدائن بالرجوع على المدين أولا) .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٢/٧٥٤ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٢/٧٩٧ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ١٠٢١ : ١ – يفرض فى الكفالة أنها انعقدت معلقة على شرط عدم وفاء المدين بالدين ، ما لم يكن الكفيل قد نزل عن هذا الشرط أو كان قد تضامن مع المدين .
٢ – فإذا طولب الكفيل أولا ، جاز له ، عند الإجراءات الأولى التى توجه ضده ، أن يطالب الدائن باستيفاء دينه من أموال المدين واتخاذ الإجراءات ضده ، إذا ظهر أن أمواله القابلة للحجز تكفى للوفاء بالدين بأكمله . وتقدر المحكمة ما إذا كان هناك محل لوقف الإجراءات موقتا ضد الكفيل حتى يتم الاستيفاء . (ونص التقنين العراقى يجعل الدفع بالتجريد يتناول أيضا مطالبة الدائن بالرجوع على المدين أولا) .

قانون الموجبات والعقود اللبنانى ١٠٧٢ – ١٠٧٤ (انظر آنفا فقرة ٤٤ فى الهامش حيث ذكرت نصوص هذه المواد . والقانون اللبنانى يجعل الدفع بالتجريد يتناول أيضا مطالبة الدائن بالرجوع على المدين أولا) .

(١) انظر آنفا فقرة ٤٤ .

والدفع بالتجريد ، بمعناه الواسع فيشمل الدفع بوجوب رجوع الدائن على المدين أولا ، مبنى على اعتبارات قائمة على العدالة . فقد كان الكفيل ، طبقاً لحرفية التزامه ، مسئولا عن الوفاء بالدين إذا لم يقم المدين بوفائه عند حلول أجله . إذ كان الكفيل يضمن للدائن الوفاء الأمين بالدين ، أى الوفاء عند حلول أجل الدين . ولكن القانون أتاح للكفيل هذا التأجيل ، عن طريق الدفع بالتجريد ، لأن الكفيل جدير بالرعاية . فهو يوفى ديناً ليس بدينه بل دين غيره ، ويريد بذلك عادة تقديم خدمة لهذا الغير بكفالته وتقوية ائتمانه . فيكون من العدل أن يتاح للكفيل أن يطلب من الدائن ، قبل أن يرجع هذا عليه ، أن يتأكد من استحالة تنفيذ المدين لالتزامه . ولا ضرر فى هذا على الدائن ، إذ هو سيستوفى حقه من الكفيل إذا لم يستوفه من المدين . ويمكن القول أيضاً إن هذه هى النية المفترضة للكفيل ، عند ما كفل المدين[1] .

والدفع بالتجريد بهذا المعنى الواسع مأخوذ عن القانون الرومانى ، فقد كان هذا القانون فى العهد الكلاسيكى يتيح للكفيل أن يطالب تجريد المدين ، إذا كان الكفيل لم يلتزم إلا بدفع ما لا يستطيع الدائن الحصول عليه من المدين

---

(١) بودرى وڤال فقرة ١٠٢١ ص ٥٤٤ — وقد قضت محكمة النقض فى عهد التقنين المدنى السابق بأن الشارع قد وكل إلى المحكمة التى قدم إليها الكفيل دفعه بتجريد المدين أمر الفصل فيما إذا كان الظاهر من أموال المدين الجائز الحجز عليها يفى بأداء الدين بتمامه ، ثم الحكم بإيقاف المطالبة الحاصلة للكفيل إيقافا مؤقتا أو عدم إيقافها على حسب الأحوال ، مع عدم الإخلال بالإجراءات التحفظية ، فلا رقابة لمحكمة النقض على ما تراه محكمة الموضوع فى ذلك . والكفيل غير المتضامن أن يتمسك فى أى وقت يكون مناسبا بالدفع بتجريد المدين ، وذلك ما لم يصدر منه قول أو فعل أو ترك يدل على تنازله على هذا الدفع . فإذا كان عليه أن يبين للدائن ما عساه يكون للمدين من مال جائز الحجز عليه لاستيفاء دينه منه ، وأن تقديمه لهذا البيان يكون على دفعة واحدة وعند البدء بالتنفيذ ، فإن له كذلك أن يبين ما يكون من آل للمدين بسبب جديد . وإذن فإذا كان الكفيل . . . لما جد للمدين ميراث ، بادر أيضا إلى إعلان الدائن بأن مدينه قد ورث ما يمكنه أن يستد بدينه منه بغير رجوع عليه ، فإنه لا يصح اعتباره متوانيا فى الدفع بتجريد المدين من هذا الملك الجديد الذى آل إليه ولا تاركا له ، بمستدلة إنه فاته أن يبديه عند البدء بالتنفيذ . ولذلك لا تكون المحكمة مخطئة فى تطبيق القانون ، إذا هى بحثت فى قيام هذا الملك وإمكان استيفاء الدائن دينه منه (نقض مدنى ٢١ يناير سنة ١٩٣٧ مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض فى ٢٥ عاما الجزء الثانى ص ٩٣٧ رقم ٧ — ١٠) .

إذا هو رجع عليه (fidejussor indemnitatis) . ثم منح جوستينان الدفع بالتجريد لكل كفيـــل دون تمييز . ولم يكن الدفع بالتجريد معروفاً فى القانون الفرنسى القديم فى أول عهوده ، وكان الدائن يطالب الكفيل أولا . ثم أخذت العادات الفرنسية ، قبل إحياء القانون الرومانى فى جنوب فرنسا ، تتيح للكفيل أن يطالب الدائن بإدخال المدين فى الدعوى . ولما أحيى القانون الرومانى ، عرف القانون الفرنسى القديم عن هذا القانون كلا من الدفع بالتجريد — وكان يسمى الدفع بالترتيب فى الرجوع (exception d'odre) — والدفع بالتقسيم[١] .

ونبحث : (١) شروط الدفع بالتجريد . (٢) الآثار التى تترتب على الدفع بالتجريد . (٣) صورة خاصة للدفع بالتجريد : دفع بتجريد التأمين العينى قبل الرجوع على الكفيل .

٤٨ — شروط الدفع بالتجريد — نص قانونى : تنص المادة ٧٨٩ مدنى على ما يأتى :

« ١ — إذا طلب الكفيل التجريد ، وجب عليه أن يقوم على نفقته بإرشاد الدائن إلى أموال للمدين تفى بالدين كله » .

« ٢ — ولا عبرة بالأموال التى يدل عليها الكفيل ، إذا كانت هذه الأموال تقع خارج الأراضى المصرية ، أو كانت أموالا متنازعاً فيها »[٢] .

---

(١) انظر فى كل ذلك بودر وڤال فقرة ١٠٢١ ص ٥٤٥ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١١٤٤ مكررة من المشروع التمهيد ، وتجرى على الوجه الآتى : « إذا طلب الكفيل التجريد ، وجب عليه أن يدل الدائن على أموال المدين ، وأن يقدم له المبالغ الكافية القيام بالتجريد » ، وفى المادة١١٤٦ من المشروع التمهيدى وتجرى على الوجه الآتى : « ليس للكفيل أن يدل الدائن على أموال المدين تقع خارج الأراضى المصرية ، ولا على أموال متنازع فيها ، أو مرهونة فى الدين » . وقد أدمجت لجنة المراجعة المادتين فى مادة واحدة ، مع إدخال بعض تعديلات لفظية وإضافية عبارة « تفى بالدين كله » فى الفقرة الأولى ، وأصبح رقم المادة ٨٥٧ فى المشروع النهائى . وفى لجنة الشئون التشريعية لمجلس النواب حذفت من الفقرة الثانية العبارة الأخيرة وهى « أو كانت مرهونة فى ذات الدين » ، لأنه « إذا وجد مال مرهون فى ذات الدين كان هذا المال تأميناً عينيا يجب استيفاء الدين منه أولا بموجب المادة ٧٩١ ، فلا يكون هناك محل عندئذ طلب الكفيل التجريد أن يدل عليه » ، وأصبح —

ويستخلص من المادة سالفة الذكر ومن المادة التى قبلها[1] أن شروط دفع الكفيل[2] بالتجريد ثلاثة :

١ – يجب ألا يكون الكفيل قد نزل مقدماً عن الدفع بالتجريد ، إما عند

= رقم المادة ٨٥٦ ، ووافق مجلس النواب على المادة كما عدلتها لجنته . وفى لجنة مجلس الشيوخ عدلت الفقرة الأولى على الوجه الآتى : « إذا طلب الكفيل التجريد ، وجب عليه أن يقدم على نفقته بإرشاد الدائن إلى أموال المدين تفى بالدين كله » . وجاء فى تقرير اللجنة ما يأتى : « رأت اللجنة أن تستبدل فى الفقرة الأولى من هذه المادة عبارة ، (وجب عليه أن يقدم على نفقته بإرشاد الدائن إلى أموال المدين تفى بالدين كله) ، بعبارة (وجب عليه أن يدل الدائن على أموال المدين تفى بالدين كله وأن يقدم له المصروفات الكافية للقيام بالتجريد) . وقد راعت اللجنة فى ذلك أن مصروفات التجريد سيرجع بها الدائن على الكفيل ، فلا محل لإلزامه بدفعها مقدما ، وبوجه خاص لأن مقدار هذه المصروفات يصعب عملا تعيينه من قبل . ولهذا رؤى الاكتفاء بإلزام الكفيل بإرشاد الدائن إلى أموال المدين تفى بالدين كله ، ورأت الاكتفاء بأن يتحمل الكفيل نفقة هذا الإرشاد » . وقد أصبحت المادة بعد هذا التعديل ، تحت رقم ٧٨٩ ، مطابقة لما استقرت عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٤٩٩ – ص ٥٠٨) .

ويقابل النص فى التقنين المدنى السابق المادة ٥٠٢ / ٦١٢ (انظر النص آنفاً فقرة ٤٧ فى الهامش) .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٧٥٥ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٧٩٨ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ١٠٢٢ : ١ – إذا طلب الكفيل استيفاء الدائن دينه من أموال المدين ، وجب عليه أن يدل الدائن على هذه الأموال ، وأن يقدم له مبلغا يكفى للوفاء بتكاليف الإجراءات . ٢ – ولا عبرة بالأموال التى يدل عليها الكفيل إذا كانت هذه الأموال تقع خارج الأراضى العراقية ، أو كانت أموالا متنازعا فيها .

قانون الموجبات والعقود اللبنانى : م ١٠٧٢ – ١٠٧٤ (انظر فقرة ٤٤ فى الهامش حيث ذكرت النصوص) .

(١) م ٧٨٨ / ٢ مدنى آنفاً فقرة ٤٧ .

(٢) وغنى عن البيان أن المقصود بالكفيل الذى له حق الدفع بالتجريد هو الكفيل الشخصى . أما الكفيل العينى فليس له الحق فى الدفع بالتجريد ، وقد نصت المادة ١٠٥٠ مدنى على أنه « إذا كان الراهن شخصاً آخر غير المدين ، فلا يجوز التنفيذ على ماله إلا ما رهن من هذا المال ، ولا يكون له حق الدفع بتجريد المدين ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك » .

الكفالة أو بعد ذلك . إذ الدفع بالتجريد حق خاص بالكفيل تقرر لصالحه ، فله أن ينزل عنه ، وعندئذ لا يجوز له استعماله بعد هذا النزول . وتنص على ذلك صراحة المادة ٢٠٢١ مدنى فرنسى إذ تقول : « لا يلتزم الكفيل أن يفى الدائن إلا إذا لم يفعل المدين ذلك . فيجب أولا تجريد المدين ، إلا إذا نزل الكفيل عن حق التجريد ، أو كان متضامناً مع المدين إذ يجب فى هذه الحالة أن يسرى على التزام الكفيل القواعد المقررة فى التضامن » . وغنى عن البيان أنه إذا كان الكفيل متضامناً مع المدين فليس له حق التجريد ، إذ أن قواعد التضامن تقتضى أن يرجع الدائن إذا شاء على الكفيل المتضامن أولا (م ٧٩٣ مدنى) . ولكنا لسنا هنا بصدد الكفيل المتضامن مع المدين ، فسيأتى بحثه فى المطلب التالى . أما الكفيل غير المتضامن فله أن يطلب تجريد المدين ، إلا إذا كان قد نزل عن هذا الحق كما قدمنا . ويكون النزول عن الدفع بالتجريد صريحاً أو ضمنياً . وأكثر ما يكون النزول الصريح فى عقد الكفالة ذاته ، فيشترط الدائن على الكفيل أن ينزل عن حق التجريد ، ويغلب أن يشترط الدائن ذلك حتى أصبح هذا الشرط شرطاً مألوفاً فى التعامل (clause de style) . أما النزول الضمنى فيستخلص من الظروف ، وقد يستخلص من تعهد الكفيل بدفع الدين فوراً إذا لم يقم المدين بدفعه عند حلول أجله . ولكن أكثر ما يكون النزول الضمنى بعد عقد الكفالة ، عند ما يشرع الدائن فى التنفيذ على أموال المدين فيسكت الكفيل عن الدفع بالتجريد مما يفيد أنه نزل عن هذا الدفع ضمناً[1] . وإذا ترك الكفيل الدائن ينفذ على أمواله لأنه لم يكن لدى المدين مال تتوافر فيه الشروط يدل عليه ، ثم جد هذا المال للمدين، لم يعتبر سكوت الكفيل عن الدفع بالتجريد نزولا ضمنياً إذا هو بادر ودفع بالتجريد بمجرد أن جد المال للمدين[2] . ولا يعتبر نزولا ضمنياً أن تكون

---

(١) ديرانتون ١٨ فقرة ٣٣٤ – ترولون فقرة ٢٥١ وما بعدها – پون ٢ فقرة ١٦٧ وما بعدها – لوران ٢٨ فقرة ٢١١ – جيوار فقرة ١٣٠ – بودرى وڤال فقرة ١٠٤٣ ص ٥٥٤ .

(٢) ترولون فقرة ٢٥٦ – پون ٢ فقرة ١٧١ – جيوار فقرة ١٣١ – أوبرى ورو ٦ فقرة ٤٢٦ ص ٢٢٧ – بيدان وڤواران ١٣ فقرة ١٠٠ – پلانيول وريپير وساڤاتييه فقرة ١٥٣٥ ص ٩٨٥ – وانظر عكس ذلك وأن سكوت الكفيل يعد نزولا ضمنياً لا يجوز =

الكفالة فى مسائل تجارية فحسب ، فالدفع بالتجريد جائز . المسائل التجارية جوازه فى المسائل المدنية[1] .

٢ – يجب أن يتمسك الكفيل بحقه فى التجريد ، فلا يحكم به القاضى من تلقاء نفسه . وقد نصت على ذلك صراحة المادة ٢/٧٨٨ مدنى كما رأينا[2] ، إذ تقول : « ويجب على الكفيل فى هذه الحالة أن يتمسك بهذا الحق » . ولما كان الدفع بالتجريد ، فى التقنين المدنى الجديد ، إنما يتعلق بالتنفيذ لا بالمطالبة القضائية ، فيبدو أنه يترتب على ذلك أن الدفع لا يكون مقبولا من الكفيل إلا عند ما يشرع الدائن فى التنفيذ على أمواله بموجب سند قابل للتنفيذ عنده[3] . ويظهر أن الكفيل يستطيع إبداء الدفع بالتجريد عن طريق الاستشكال فى التنفيذ ، وكذلك يستطيع عقب التنبيه (commandement) على الكفيل بالوفاء وإيداع قائمة شروط البيع فى العقار أن يبدى الدفع

= الرجوع فيه حتى لو جد للمدين مال بعد ذلك : ديرانتون ١٨ فقرة ٣٣٧ – بونسو فقرة ١٩١ – بودرى وفال فقرة ١٠٤٥ .

وانظر فى أن القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٤٢ الخاص بتسوية الديون العقارية إنما أريد به مصلحة المدين لا غيره ، فهو وحده دون الكفلاء الذ يستفيد من المادة ١٠ من هذا القانون فيما يختص بالفوائد : نقض مدنى ٢٤ نوفبر ١٩٤٥ – وفى أن المادة ١٤ من هذا القانون ذكرت أن الديون المضمونة بكفيل تكون محلا للتخصيص ، ثم عقبت على ذلك بقولها « على أن هذا التخفيض لا يحول دون رجوع الدائن على الكفيل » ، وعلى ذلك لا يجوز التمسك بما نصت عليه المادة ٥٠٩ مدنى (قديم) ، بل الواقع أن الشارع إذ أورد هذا الحكم فى المادة ١٤ المذكورة مع قيام المادة ٥٠٩ مدنى إنما قصد أن يعارض به حكم هذه المادة : نقض مدنى ٢٢ نوفبر سنة ١٩٥٤ – مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض فى ٢٥ عاماً الجزء الثانى ص ٩٣٨ ورقم ١٥ ورقم ١٦ .

(١) بون ٢ فقرة ١٥٨ – جيوار فقرة ١٢٦ – لوران ٢٨ فقرة ٢٠٩ – بودرى وفال فقرة ١٠٤٩ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٤٧ .

(٣) جمال الدين زكى فقرة ٥٦ ص ١١٥ – سليمان مرقس فقرة ٧٤ ص ٧٧ وفقرة ٨٢ ص ٨٩ – انظر عكس ذلك وأنه يجوز إبداء الدفع بالتجريد عند نظر دعوى مطالبة الكفيل بالدين فتقضى المحكمة ، مع الحكم بإلزام الكفيل بالدين ، بعدم جواز التنفيذ على أمواله إلا بعد تجريد المدين : عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٩٥ ص ١٤٥ – محمد على إمام فقرة ٦٥ ص ١٠٦ – منصور مصطفى منصور فقرة ٤٥ ص ٨٦ .

بالتجريد بطريق الاعتراض على قائمة شروط البيع[١] . وعلى ذلك إذا لم يتمسك الكفيل بالدفع بالتجريد فى أثناء نظر دعوى مطالبة الدائن إياه بالدين ، لم يعتبر ذلك منه نزولا ضمنياً عن هذا الدفع لأن الدفع يتعلق بالتنفيذ لا بالمطالبة[٢] . ويبقى حق الدفع بالتجريد للكفيل بعد ذلك ، وبخاصة إذا جد للمدين مال يصلح للتنفيذ عليه فيما بعد ، فقد قدمنا أن سكوت الكفيل عن الدفع بالتجريد قبل أن يجد للمدين هذا المال لا يعتبر نزولا ضمنياً عن الدفع . فيكون للكفيل أن يدفع بالتجريد ابتداء من شروع الدائن فى التنفيذ على ماله إلى أن يتم هذا التنفيذ ، ما لم ينزل الكفيل عن الدفع صراحة أو ضمناً . ويمكن استخلاص النزول الضمنى عن الدفع من عدم تمسك الكفيل به إلى أن يقطع الدائن فى التنفيذ مرحلة كبيرة ، وعلى كل حال يعتبر النزول الضمنى عن الدفع مسألة موضوعية يقدرها قاضى الموضوع[٣] .

---

(١) أنسيكلوبيد داللوز ١ لفظ **Cautionnement** فقرة ١٤٩ .

(٢) عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٩٥ – محمد على إمام فقرة ٦٤ ص ١٠٤ – جمال الدين زكى فقرة ٥٤ ص ١١٠ – سليمان مرقس فقرة ٧٨ ص ٨١ – منصور مصطفى منصور فقرة ٤٥ ص ٨٦ .

(٣) منصور مصطفى منصور فقرة ٤٥ ص ٨٦ – هذا وقد قضى التقنين المدنى الفرنسى (م ٢٠٢٢) بأنه يجب على الكفيل ان يدفع بالتجريد عند الإجراءات الأولى التى توجه ضده **sur les permières poursuites dèrigrés contrelle)** ، أى قبل أن يتكلم فى الموضوع ، وإلا عد متنازلا عن الدفع . ولم يرد فى التقنين المدنى المصرى السابق نص يماثل هذا النص ، فثار الخلاف فيما إذا كان يؤخذ به . وقد قضت محكمة النقض فى مصر بأن الكفيل غير المتضامن الحق فى إبداء الدفع بتجريد المدين فى أى وقت مناسب ، ما لم يصدر منه قول أو فعل أو ترك يدل على تنازله عنه . فإذا كان عليه أن يبين للدائن ما عساه يكون للمدين من مال يجوز الحجز عليه والاستيفاء منه وأن يحصل هذا التعيين دفعة واحدة وعند البدء فى التنفيذ ، فإنه لا يجوز له أن يبين ما يستجد من مال للمدين من نحو إرث أو هبة ، فإذا كان الثابت من أوراق الدعوى أن الدائن أعلن الكفيل بتنبيه نزع الملكية فبادر الكفيل برفع معارضة فى التنبيه وأعلن إلى الدائن صحيفة معارضته فى الميعاد القانونى مبينا له ما يمتلكه المدين مما يجوز أن يستد بدينه منه ، ثم لما جد للمدين ميراث بادر هو إلى إعلان الدائن بأن مدينه قد ورث ما يمكن أن يستد بدينه منه لو رجع عليه ، فإن هذا الكفيل لا يعتبر مبطئا ولا تاركا الدفع بالتجريد عن هذا الملك الجديد الذى آل إليه (نقض مدنى ٢١ يناير سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٣١ ص ٧٦) . على أن المشروع التمهيدى لنص المادة ٧٨٨ / ٢ مدنى جديد ورد فيه ما يأتى : « لا يلزم الدائن بتجريد المدين إلا إذا طلب الكفيل ذلك عند الإجراءات التى توجه ضده » (انظر آنفاً فقرة ٤٧ –

٣ – يجب أن يقوم الكفيل على نفقته بإرشاد الدائن إلى أموال للمدين تفى بالدين كله ، بشرط أن تكون هذه الأموال واقعة فى داخل البلاد المصرية وليست أموالا متنازعاً فيها (م ٧٩٨ مدنى سالفة الذكر) . وغنى عن البيان أن هذا الشرط يتخلف إذا كان المدين قد شهر إفلاسه أو إعساره ، أو صار فى حالة إفلاس أو إعسار ظاهرة ، وبوجه عام إذا كان ظاهر العجز عن الوفاء بالدين كما لو كان هناك محضر بأنه ليس لديه أموال ظاهرة procès - verbal de carence) [١] . ذلك لأن الكفيل فى هذه الحالة لا يستطيع أن يرشد الدائن إلى أموال للمدين تفى بالدين كله ، فيتخلف شرط أساسى من شروط الدفع بالتجريد[٢] .

وأموال المدين التى يرشد الكفيل الدائن إليها يجب أن تفى بالدين كله ، فلا يكفى أن تفى بجزء من الدين أو حتى بمعظم الدين . ذلك بأن أموال المدين إذا كانت لا تفى بالدين كله ، اضطر الدائن عند التنفيذ عليها أن يقبل وفاء جزئياً لحقه ، ولا يجوز إجبار الدائن على أن يقبل هذا الوفاء الجزئى (م

= فى الهامش) . ولكن هذا النص قد حذف فى لجنة المراجعة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٤٩٧) ، فأصبح الكفيل غير مقيد بنص تشريعى يعين الوقت الذى يبدى فيه الدفع بالتجريد ، وصار لا مانع من الرجوع إلى ما كان عليه العمل قبل التقنين المدنى الجديد . فيجوز للكفيل التمسك بالدفع بالتجريد فى أى وقت ما لم يصدر عنه ما يدل على نزوله عنه ، كما قضت محكمة النقض فيما قدمنا .

(١) نقض فرنسى ٢١ ديسمبر سنة ١٨٩٧ داللوز ٩٨ – ١ – ٢٦٢ .

(٢) استئناف وطنى ٨ مارس سنة ١٩١٥ الحقوق ٣٠ ص ١٧٨ (فى حالة إفلاس المدين ومصالحته مع الدائنين على جزء معين يدفعه من الدين ، يكون ذلك دليلا كافيا على أنه ليس له أموال أخرى يمكن الرجوع عليها ، فلا يجوز للكفيل الدفع بالتجريد) – استئناف مختلط ٢٥ مارس سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ١٣٧ – وانظر أيضا بون ٢ فقرة ١٥٧ – لوران ٢٨ فقرة ٢٠٩ – جيوار فقرة ١٢٧ – بودرى وفال فقرة ١٠٢٤ – بلانيول وريبير وساڤاتييه فقرة ١٥٣٥ ص ٩٨٦ .

كذلك لا دفع بالتجريد إذا اتحدت ذمة الكفيل والمدين بأن أصبح أحدهما وارثا للآخر ، ذلك لأنه لا يوجد إذ ذاك كفيل متميز عن المدين حتى يدفع بتجريد هذا الأخير (بون ٢ فقرة ١٥٧ – لوران ٢٨ فقرة ٢٠٨ – جيوار فقرة ١٢٧ – بودرى وفال فقرة ١٠٢٥) . ولكن يجوز أن يدفع بالتجريد إذا كفل شخص البائع ، فيجوز للكفيل أن يرفع دعوى استحقاق الشيء المبيع ولا ترفع دعواه بأنه كفيل لأن له حق التجريد (بودرى وفال فقرة ١٠٢٥ – وانظر عكس ذلك جيوار فقرة ١٢٧) .

١/٣٤٢)[١] . والقانون الفرنسى لا يشترط أن تكون أموال المدين تفى بالدين كله ، فيجوز أن تفى ببعض الدين ، ويجبر الدائن على قبول الوفاء الجزئى فى هذه الحالة ، إذ لا يناله من ذلك كبير ضرر فهو يرجع فوراً على الكفيل ببقية الدين[٢] . وقد كان المشروع التمهيدى لنص المادة ١/٧٨٩ مدنى مصرى لا يتضمن هذا الشرط أسوة بالتقنين المدنى الفرنسى ، فأضيف الشرط فى لجنة المراجعة واستقر فى التقنين المدنى المصرى الجديد ، وذلك أسوة بالتقنين المدنى المصرى السابق (م ٦١٢/٥٠٢) الذى كان يشترط هذا الشرط[٣] .

وأموال المدين التى يرشد إليها الكفيل يصح أن تكون عقاراً أو منقولا[٤] ، ولكن يجب أن تكون مملوكة للمدين . فلا يصح للكفيل أن يطلب تجريد كفيل آخر كفل نفس الدين ولو كان غير متضامن معه[٥] ، بل الذى يصح فى هذه الحالة هو التقسيم إذا توافرت شروطه[٦] . كما لا يصح أن يطلب كفيل لمدين متضامن مع مدينين آخرين أن يطلب تجريد هؤلاء المدينين الآخرين ، ولا يطلب إلا تجريد المدين الذى كفله[٧] .

ويجب أن تكون أموال المدين التى يرشد إليها الكفيل لا يصعب التنفيذ عليها ، وتقول الفقرة الثانية من المادة ٧٨٩ مدنى كما رأينا فى هذا الخصوص :

---

(١) استئناف مختلط ٨ مايو سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٢٤٧ – ٢٥ مارس سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ١٣٧ – ١٥ أبريل سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣٠٣ – ١٦ فبراير سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٥٧ .

(٢) ولكن يشترط مع ذلك أن يدل الكفيل على مال له قيمة محسوسة فى وفاء الدين ، فلا يكفى أن يدل على مال ذى قيمة ضئيلة (جيوار فقرة ١٣٣ – بودرى وقال فقرة ١٠٣٧) .

(٣) انظر نفس الفقرة فى الهامش .

(٤) ديرانتون ١٨ فقرة ٣٣٨ – ترولون فقرة ٢٦٢ – بون ٢ فقرة ١٧٨ – لوران ٢٨ فقرة ٢١٣ – جيوار فقرة ١٣٣ – أوبرى ورو ٦ فقرة ٤٢٦ ص ٢١٧ – بودرى وقال فقرة ١٠٣٧ ص ٥٥٢ – بلانيول وريبير وساڤاتييه فقرة ١٥٣٥ ص ٩٨٦ .

(٥) بودرى وقال فقرة ١٠٣٦ .

(٦) انظر آنفا فقرة ٤٠ – فقرة ٤٢ .

(٧) بون ٢ فقرة ١٨٣ – لوران ٢٨ فقرة ٢١٦ – جيوار فقرة ١٣٨ – بودرى وقال فقرة ١٠٣٦ – وانظر عكس ذلك وأنه يجوز طلب تجريد المدينين الآخرين : بوتييه فقرة ٤١٢ – ترولون فقرة ٢٧٠ .

« ولا عبرة بالأموال التى يدل عليها الكفيل ، إذا كانت هذه الأموال تقع خارج الأراضى المصرية ، أو كانت أموالا متنازعاً فيها » . وظاهر أن أموال المدين ، إذا كانت خارج الأراضى المصرية ، تكون بعيدة ويصعب التنفيذ عليها ، لذلك يجب أن يدل الكفيل على أموال للمدين تكون واقعة داخل الأراضى المصرية . ولا يشترط أن تكون واقعة فى جهة معينة داخل الأراضى المصرية ، كأن تكون واقعة فى الجهة التى يجب وفاء الدين فيها أو واقعة فى الجهة التى يكون فيها موطن المدين[1] . كذلك لا يجوز أن تكون الأموال التى يدل عليها الكفيل متنازعاً فيها ، فإن الأموال المتنازع فيها غير مأمونة العاقبة فقد يسفر فض النزاع عن أنها غير مملوكة للمدين ، وهى على كل حال يصعب التنفيذ عليها إذ يقتضى النزاع فيها غالباً التقاضى وما يترتب عليه من طول الإجراءات وتعقيدها . وليس من الضرورى ليكون المال متنازعاً فيه أن تكون هناك دعوى مرفوعة فى شأنه ، بل يكفى أنه يكون هناك نزاع جدى[2] . والحصة الشائعة فى عقار تعتبر فى حكم المال المتنازع فيه إذا كان هناك دائن ذو حق مقيد رتب على أعيان مفرزة تدخل ضمنها هذه الحصة الشائعة ، ذلك بأن الدائن ذا الحق المقيد له أن يعرض رغبته فى التنفيذ على الأعيان المفرزة ، وأن يطلب بطريق الاعتراض على قائمة شروط البيع وقف إجراءات التنفيذ الخاصة بهذه الحصة[3] . وإذا كان مال المدين مثقلا بحقوق عينية ، كرهن أو امتياز أو اختصاص ، وجب ألا يحسب من قيمة هذا

---

(١) ويشترط التقنين المدنى الفرنسى (م ٢٠٢٣ / ٢) أن تكون الأموال واقعة فى الجهة التى يجب الوفاء فيها . ولكن القانون الفرنسى القديم كان لا يشترط فى هذا الخصوص إلا أن تكون الأموال واقعة داخل الأراضى الفرنسية (بودرى وفال فقرة ١٠٣١ ص ٥٤٩ هامش ٥) .

(٢) أوبرى ورو ٦ فقرة ٤٢٦ ص ٢٨٢ هامش ١٠ – بودرى وفال فقرة ١٠٣٣ ص ٥٥٠ – سليمان مرقس فقرة ٧٩ ص ٨٤ – منصور مصطفى منصور فقرة ٤٥ ص ٨٨ .

(٣) انظر م ٦٤٤ مرافعات . وقد صدر أخيراً تقنين مرافعات جديد يجب البحث فيه عما يقابل هذه المادة . وفى فرنسا لا يجوز التنفيذ على الحصة الشائعة قبل رفع دعوى القسمة (بون ٢ فقرة ١٨ – جيوار فقرة ١٣٦ – بودرى وفال فقرة ١٠٣٣ – بيدان وفواران ١٣ فقرة ١٠٠ – بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٣٥ ص ٩٨٥ هامش ٦) .

المال إلا ما يبقى بعد خصم قيمة هذه الحقوق العينية[1] . فإذا كانت الحقوق العينية تستنفد الجزء الأكبر من قيمة المال ، جاز اعتبار المال فى حكم المال المتنازع فيه وعدم الاعتداد به ، وذلك لصعوبة التنفيذ عليه وما يستتبع ذلك من التوزيع بحسب درجات الدائنين فلا يبقى منه إلا قيمة ضئيلة[2] . وإذا كان مال المدين لا يجوز الحجز عليه فلا يعتد به ، كذلك لا يجوز للكفيل أن يدل على مال للمدين لا يجوز اتخاذ إجراءات التنفيذ عليه . وقد نصت المادة ٤٨٩ مرافعات على أنه « لا يجوز للدائن أن يتخذ إجراءات التنفيذ على مال للمدين لم يخصص لوفاء حقه إلا إذا كان ما خصص للوفاء غير كاف ، وعندئذ يكون التنفيذ على غير المال المخصص بأمر على عريضة من قاضى الأمور الوقتية »[3] . فإذا كان المدين قد رهن من ماله ما يكفى للوفاء بالدين ، لم يجز للكفيل أن يدل على مال آخر للمدين غير مرهون فى لمدين ، لأن هذا المال لا يجوز التنفيذ عليه . وهو بعدُ فى غير حاجة لتجريد المدين إذا كانت

---

(١) استئناف وطنى ٢ أبريل سنة ١٨٩٦ الحقوق ١١ ص ٢١٣ – ٢ يوليه سنة ١٩٠٤ الاستقلال ٣ ص ٢٢٢ – ١٨ مارس سنة ١٩١٥ الحقوق ٣٠ ص ١٧٨ – استئناف أسيوط ٣١ يناير سنة ١٩٢٨ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ٥٥ ص ١٢٢ – المنصورة الكلية أول ديسمبر سنة ١٩١٤ المجموعة الرسمية ١٦ رقم ٢٩ ص ٤٨ – استئناف مختلط ٨ مايو سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٢٤٧ – ١٩ ديسمبر سنة ١٩٠٠ م ١٣ ص ٦٠ – ٢٨ يناير سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١٠٦ – ٢٥ مارس سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ١٣٧ – ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٠٨ م ٢١ ص ١٠٤ – ١٥ أبريل سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣٠٣ – ٤ مايو سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٣٠١ – ١٦ فبراير سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٥٧ – ٢٢ مارس سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٠٧ – ٢٥ مايو سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٤٤٥ .

وقد قضى بأن رفض تجريد المدين يكون مطابقا للقانون إذا دل الكفيل فى آخر لحظة على مال المدين هو جزء من إيراد فى وقف تستدعى المطالبة به إجراءات طويلة كثيرة المصروفات ، دون أن يثبت الكفيل كفايتها لوفاء الدين بتمامه (استئناف مختلط ٨ يونيه سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٤٧٨) . وقضى بأنه يجوز للكفيل أن يدل على مال المدين هو مبالغ هامة آتية من بيع أموال المدين المحجوز عليها وقد خصصت لقسمتها بين الدائنين ، فيحيل الكفيل الدائن على الحارس أو على قلم التوزيع (استئناف مختلط ٥ فبراير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٣٠٢) .

(٢) جيوار فقرة ١٣٦ – بودرى وڤال فقرة ١٠٣٣ .

(٣) وقد صدر أخيراً تقنين جديد للمرافعات ، فيبحث فيه عما يقابل هذه المادة .

الكفالة غير سابقة على الرهن ، بل كانت معه أو بعده ، لأنه لا يجوز التنفيذ على أموال الكفيل إلا بعد التنفيذ على الأموال المرهونة (م ٧٩١ مدنى وسيأتى بحثها) ، والمفروض أن الأموال المرهونة تكفى للوفاء بالدين فلا يرجع الدائن على الكفيل ومن ثم لا يحتاج هذا الأخير إلى الدفع بالتجريد . أما إذا كانت الأموال المرهونة لا تكفى للوفاء بالدين فإنه يجوز للدائن الرجوع على الكفيل بما يبقى من الدين ، وعندئذ يجوز للكفيل أن يطالب تجريد المدين ، وله أن يدل على مال للمدين لا يكون مرهوناً فى الدين[1] . ولكن لا يجوز له أن يدل على المال المرهون فى الدين ، لأن هذا المال يكون الدائن قد نفذ عليه قبل الرجوع على الكفيل طبقاً لأحكام المادة ٧٩١ مدنى[2] .

ويكون إرشاد الكفيل للدائن إلى أموال للمدين تفى بالدين كله على نفقة الكفيل ، لأنه هو الذى يستفيد من هذا الإرشاد (انظر م ١/٧٨٩ مدنى سالفة الذكر) . ومن المصروفات التى يتحملها الكفيل فى هذا الصدد مصروفات استخراج صور لمستندات ملكية المدين للأموال التى دل عليها الكفيل ، وكذلك مصروفات الشهادات العقارية الخاصة بهذه الأموال[3] . وقد كان المشروع التمهيدى للمادة ١/٧٨٩ مدنى يتضمن نصاً يوجب على الكفيل أن يقدم للدائن « المبالغ الكافية للقيام بالتجريد » . وفى لجنة مجلس الشيوخ عدل النص ، فصار واجباً على الكفيل ، لا تقديم المبالغ الكافية للقيام بالتجريد ، بل القيام بنفقات إرشاد الدائن إلى أموال للمدين تفى بالدين كله . وجاء فى تقرير اللجنة ما يأتى : « وقد راعت اللجنة فى ذلك أن مصروفات

---

(١) أما فى القانون الفرنسى فيجوز أن يدل الكفيل على مال المدين لا يكون مرهونا فى الدين مع وجود أموال المدين مرهونة فى الدين (بودرى وڤال نقرة ١٠٣٤) .

(٢) وكان المشروع التمهيد للفقرة الثانية من المادة ٧٨٩ مدنى يمنع الكفيل أن يدل على مال المدين مرهون فى الدين . وفى لجنة الشئون التشريعية لمجلس النواب حذف من النص ما يقضى بهذا الحكم ، فحذفت من هذه الفقرة الثانية العبارة الأخيرة وهى « أو كانت مرهونة فى ذات الدين » ، لأنه « إذا وجد مال مرهون فى ذات الدين كان هذا المال تأمينا عينيا يجب استيفاء الدين منه أولا بموجب المادة ٧٩١ مدنى ، فلا يكون هناك محل عند طلب الكفيل التجريد أن يدل عليه » (انظر آنفاً نفس الفقرة فى الهامش) .

(٣) منصور مصطفى منصور فقرة ٤٥ ص ٨٩ .

التجريد سيرجع بها الدائن على الكفيل ، فلا محل لإلزامه بدفعها مقدماً ، وبوجه خاص لأن مقدار هذه المصروفات يصعب عملا تعيينه من قبل . ولهذا رؤى الاكتفاء بالزام الكفيل بإرشاد الدائن إلى أموال للمدين تفى بالدين كله ، ورأت الاكتفاء بأن يتحمل الكفيل نفقة هذا الإرشاد »[1] .

٤٩ – الآثار التى تترتب على الدفع بالتجريد — نص قانونى : تنص المادة ٧٩٠ مدنى على ما يأتى :

« فى كل الأحوال التى يدل فيها الكفيل على أموال المدين ، يكون الدائن مسئولا قبل الكفيل عن إعسار المدين الذى يترتب على عدم اتخاذه الإجراءات اللازمة فى الوقت المناسب[2] » .

---

(١) انظر آنفاً نفس الفقرة فى الهامش . أما التقنين المدنى الفرنسى (م ٢٠٢٣ / ١) فيجوجب على الكفيل أن يقدم الدائن المبالغ الكافية للقيام بالتجريد ، وتقدر المحكة عند النزاع مقدار المبالغ التى يجب على الكفيل أن يقدمها للدائن وكيف يكون هذا التقديم (ترولون فقرة ٢٧٢ – فقرة ٢٧٣ – لوران ٢٨ فقرة ٢١٢ – بون ٢ فقرة ١٧٤ – فقرة ١٧٦ – جيوار فقرة ١٣٩ – فقرة ١٤٠ أوبرى ورو ٦ فقرة ٤٢٦ ص ٢١٧ – بودرى وفال فقرة ١٠٢٦ – فقرة ١٠٣٠ – بلانيول وريبير وساڤاتييه فقرة ١٥٣٥ ص ٩٨٦) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١١٤٥ مكررة من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « فى كل الأحوال التى عين فيها الكفيل أموال المدين وفقا للمادة ١١٤٤ مكررة وقدم المصروفات الكافية للتجريد ، يكون الدائن مسئولا قبل الكفيل عن إعسار المدين الذى يترتب على عدم اتخاذه الإجراءات اللازمة ، وذلك بقدر الأموال التى دل عليها الكفيل » . وأدخلت لجنة المراجعة تعديلات على النص جعله مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا أن المشروع ظل يتضمن عبارة « ويقدم المصروفات الكافية للتجريد » ، وصار رقم المادة ٨٥٨ فى المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس النواب تحت رقم ٨٥٧ . وحذفت لجنة مجلس الشيوخ من صدر المادة عبارة « ويقدم المصروفات الكافية للتجريد » تمشيا مع التعديل الذى أدخلته على المادة السابقة ، وأصبح رقم المادة ٧٩٠ . ووافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٥٠٨ – ص ٥٠٩) .

ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى السابق .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٧٥٦ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٧٩٩ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى لا مقابل .

والمفروض أن الدفع بالتجريد الذى أبداه الكفيل قد استوفى الشروط المطلوبة ، وأنه قد قبل . فيترتب على ذلك وقف إجراءات التنفيذ على أموال الكفيل ، ثم يجب على الدائن أن يتخذ إجراءات التنفيذ على أموال المدين التى دل عليها الكفيل . فاذا لم يتخذها فى الوقت المناسب ، كان مسئولا قبل الكفيل عن إعسار المدين الذى يترتب على ذلك كما تقول المادة ٧٩٠ سالفة الذكر . وإذا اتخذها ، فحصل على حقه كله ، فقد برئت ذمة الكفيل . وأما إذا حصل على بعض حقه ، فإنه يرجع بالباقى على الكفيل .

فأول أثر يترتب على قبول الدفع بالتجريد هوإذن وقف إجراءات التنفيذ على أموال الكفيل . بل إنه عند إبداء الكفيل للدفع وقبل الفصل فيه ، تقف إجراءات التنفيذ حتى تفصل المحكمة فى الدفع ، فإذا رفض استمر الدائن فى إجراءات التنفيذ على أموال الكفيل . أما إذا قبل ، فإنه يمتنع استمرار الدائن فى إجراءات التنفيذ على أموال الكفيل[1] ، ولكن ما تم من هذه الإجراءات يبقى حافظاً لآثاره . ويلغى ما اتخذ من إجراءات التنفيذ على أموال الكفيل عند إبداء الدفع بالتجريد ، فيلغى مثلا حجز ما للكفيل لدى الغير ويجب رفع الحجز[2] ، ويلغى التنبيه بنزع الملكية الذى اتخذ ضد الكفيل وما يترتب عليه من آثار[3] ، وتلغى إجراءات الحجز التنفيذى الموقع على منقولات المدين إذا لم تكن هذه الإجراءات قد تمت[4] ، ويمتنع على الدائن

— قانون الموجبات والعقود اللبنانى لا مقابل .

(١) إستئناف مختلط ٢٨ يناير سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١٠٦ – ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٠٨ م ٢١ ص ١٠٤ .

(٢) بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٣٥ ص ٩٨٦ – السين ٢١ مارس سنة ١٩١٦ سيريه ١٩١٧ – ٢ – ٩٣ .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأن المراد من عبارة إيقاف المطالبة الحاصلة للكفيل الوارد ذكرها فى المادة ٥٠٢ من القانون المدنى (القديم) هو الكف عن متابعة السير فى إجراءات التنفيذ مع عدم الإخلال بالإجراءات التحفظية ، ولا يتعارض مع هذا الحكم قضاء المحكمة بإلغاء تنبيه نزع الملكية المعلن إلى الكفيل ومحو ما يترتب عليه من التسجيلات (نقض مدنى ٢١ يناير سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٣١ ص ٧٦) .

(٤) منصور مصطفى منصور فقرة ٤٦ ص ٩٠ .

أن يجرى المقاصة بين التزام الكفيل نحوه والتزام آخر فى ذمة الدائن للكفيل[١].
ولكن ذلك لا يمنع الدائن من اتخاذ الإجراءات التحفظية على أموال الكفيل .
وقد كان التقنين المدنى السابق (م ٦١٢/٥٠٢) ينص على ذلك صراحة ،
إذ يقول : « وحينئذ فللمحكمة الحكم فى إيقاف المطالبة الحاصلة للكفيل إيقافاً
موقتاً ، مع عدم الإخلال بالإجراءات التحفظية » . ولم يرد نص مماثل فى
التقنين المدنى الجديد ، ولكن نص التقنين المدنى السابق ليس إلا تطبيقاً للقواعد
العامة ، فيجوز العمل بالحكم دون نص[٢] . فيجوز للدائن أن يقطع التقادم
بالنسبة إلى أموال الكفيل ، كما يجوز له أن يقيد رهناً لصالح الكفيل أو أن
يجدد هذا القيد . بل يجوز له أن يحصل على حق اختصاص على عقار
للكفيل بموجب حكم واجب التنفيذ صادر لصالحه ضد الكفيل ، فأخذ حق
اختصاص لا يعدو أن يكون إجراء تحفظياً ، ولكن لا يجوز له بعد الحصول
على حق الاختصاص أن ينفذ على عقار الكفيل إلا بعد تجريد أموال
المدين[٣] .

وبعد وقف إجراءات التنفيذ على أموال الكفيل ، يجب على الدائن أن
يتخذ إجراءات التنفيذ على أموال المدين التى دل عليها الكفيل . ويكون
مسئولا لدى الكفيل عن إعسار المدين الذى يترتب على عدم اتخاذ إجراءات
التنفيذ فى الوقت المناسب (م ٧٩٠ مدنى سالفة الذكر) . فاذا دل الكفيل
على منقولات للمدين ، وتباطأ الدائن فى اتخاذ إجراءات التنفيذ عليها حتى

---

(١) بلانيول وريبير وساڤاتييه فقرة ١٥٣٥ ص ٩٨٦ .

(٢) وقد نوقشت هذه المسألة فى لجنة مجلس الشيوخ ، إذ قال رئيس اللجنة : « إنه ليس من العدل أن نحرم على الدائن التنفيذ على أموال الكفيل إذا وجد أن المدين يعمل على تهريب أمواله ، إذ يجب أن يكون له فى مثل هذه الحالة أن ينفذ على أموال الكفيل ، على أن يقف فى التنفيذ عند حد الحجز . فأجيب « بأن للدائن فى مثل هذه الحالة أن يلجأ إلى الحجز مثلا كإجراء تحفظى . وليكن معلوما أنه لا يجوز له بيع أموال الكفيل أو نزع ملكيتها » إلا بعد تجريد المدين من أمواله (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٤٩٨) .

(٣) استئناف مختلط ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٠٨ م ٢١ ص ١٠٤ – محمد كامل مرسى فقرة ٨٧ ص ١٢٢ – محمد على إمام فقرة ٦٥ ص ١٠٦ – ص ١٠٧ – سليمان مرقس فقرة ٨٢ ص ٩٠ – ص ٩١ – منصور مصطفى منصور فقرة ٢٤٦ ص ٩٠ – ص ٩١ .

تمكن المدين من إخفائها أو تهريبها أو تبديدها ، كان الدائن مسئولا عما كان يحصل عليه من ثمن هذه المنقولات لو أنه اتخذ إجراءات التنفيذ بمجرد أن دل عليها الكفيل ، لأن سهولة تهريب المنقولات تقتضى اتخاذ إجراءات سريعة للتنفيذ عليها . ولو أن الكفيل دل على عقار للمدين فى يد الغير ، وتباطأ الدائن فى اتخاذ الإجراءات لقطع التقادم المكسب حتى تكاملت مدة هذا التقادم وملك الغير العقار بهذا السبب من أسباب كسب الملكية ، كان الدائن مسئولا نحو الكفيل عما كان يحصل عليه من التنفيذ على العقار لو أنه قطع التقادم وقام بالتنفيذ على العقار فى الوقت المناسب . ويقع عبء إثبات تقصير الدائن على الكفيل ، وفقاً للقواعد العامة[1] . وليس فى كل ما تقدم إلا تطبيق للقواعد العامة فى المسئولية التقصيرية . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى للمادة ٧٩٠ مدنى ما يأتى : « المادة ١١٤٥ مكررة (٧٩٠ مدنى) تطابق نص المشروع الفرنسى الإيطالى (م ٧٢٢) الذى نقله بدوره عن المادة ٢٠٢٤ من التقنين الفرنسى ، وحكمها مجرد تطبيق للقواعد العامة فى المسئولية[2] » .

أما إذا اتخذ الدائن فى الوقت المناسب إجراءات التنفيذ على أموال المدين التى دل عليها الكفيل ، فالغالب أنه يحصل من هذا التنفيذ على حقه كاملا ، لأن المفروض أن الكفيل قد دل على أموال للمدين تفى بالدين كاملا ، ومن ثم تبرأ ذمة الكفيل بعد أن استوفى الدائن حقه من أموال المدين . ولكن قد يقع عند تنفيذ الدائن على هذه الأموال ألا يحصل الدائن على حقه كاملا ، فقد تنخفض قيمة هذه الأموال عند التنفيذ عليها ، أو يظهر دائنون عاديون للمدين يزاحمون الدائن ، أو يتضح أن المحكمة قد قدرت هذه الأموال بأكثر من قيمتها . فى هذه الأحوال لا تبرأ ذمة الكفيل إلا بمقدار ما حصل الدائن عليه من حقه نتيجة للتنفيذ على الأموال ، ويرجع الدائن بالباقى من حقه على الكفيل[3] . وعلى الدائن أن يثبت أنه نفذ على جميع الأموال التى

---

(١) جيوار فقرة ١٤٣ – بودرى وڤال فقرة ١٠٣٩ ص ٥٥٣ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٥٠٨ .

(٣) منصور مصطفى منصور فقرة ٦٠ ص ٩١ .

دل عليها الدائن ، وأنه لم يحصل من هذا التنفيذ على حقه كاملا ، ويثبت ذلك عادة بمحاضر الحجز ومحاضر عدل الوجود[١] .

٥٠ — صورة خاصة للدفع بالتجريد : دفع بتجريد التأمين العينى قبل التنفيذ على أموال الكفيل — نص قانونى : تنص المادة ٧٩١ مدنى على ما يأتى :

« إذا كان هناك تأمين عينى خصص قانوناً أو اتفاقاً لضمان الدين ، وقدمت كفالة بعد هذا التأمين أو معه . ولم يكن الكفيل متضامناً مع المدين ، فلا يجوز التنفيذ على أموال الكفيل إلا بعد التنفيذ على الأموال التى خصصت لهذا التأمين »[٢] .

---

(١) ترولون فقرة ٢٤٥ — جيوار فقرة ١٤٤ — بودرى وفال فقرة ١٠٤٠ — وفى القانون الفرنسى ، حيث لا يكون واجبا أن تكون أموال المدين التى دل عليها الكفيل تفى بالدين كله ، إذا دل الكفيل على أموال للمدين تفى ببعض الدين بقى مسئولا عن الباقى (بلانيول وريبير وساڤاتييه فقرة ١٥٣٥ ص ٩٨٦) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١١٤٧ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « إذا قدمت الكفالة الشخصية تكميلا لتأمين عينى خصص قانونا أو اتفاقا لضمان الدين ، ولم يكن الكفيل متضامنا مع المدين ، فإن هذه الكفالة لا تلزم الكفيل إلا إذا كان التأمين العينى لم يوف بالدين ، وبقدر ما يتبقى من هذا الدين » . وفى لجنة المراجعة استبدلت عبارة « بعد هذا التأمين أو معه » بعبارة « تكميلا للدين » ، أيضاحاً للمعنى المقصود . واستبدلت عبارة « فلا يجوز التنفيذ على أموال الكفيل إلا بعد التنفيذ على الأموال التى خصصت لهذا التأمين » بعبارة « فإن هذه الكفالة لا تلزم الكفيل إلا إذ كان التأمين العينى لم يوف بالدين ، وبقدر ما يتبقى من هذا الدين » وهى العبارة الواردة فى آخر المادة ٢ حتى يبرز الحكم بوضوح . فصارت المادة بذلك مطابقة لما استقرت عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وأصبح رقمها ٨٥٩ فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على المادة تحت رقم ٨٥٨ ، ثم وافق عليها مجلس الشيوخ تحت رقم ٧٩١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٥١٠ — ص ٥١٢) .

وجاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الخصوص : « اقتبس المشروع المادة ١١٤٧ من المادة ٢/٤٩٥ من التقنين السويسرى ، وقد جاء التقنين الألمانى أيضاً بحكم مشابه لهذا النص فى المادة ٢/٧٧٢ . ويمتاز النص الذى أورده المشروع بدقة العبارة ، بحيث يستبعد أوجه النقد التى أثارها نص التقنينين الألمانى والسويسرى . فالحكم الوارد بالمادة عام يشمل كل تأمين عينى من منقول وعقار ، سواء كان هذا التأمين قد خصص لوفاء الدين المكفول وحده أو مع ديون أخرى » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٥١١) .

والمفروض أن هناك تأميناً عينياً على مال للمدين يضمن نفس الدين ، فيجوز للكفيل غير المتضامن مع المدين أن يطلب التنفيذ على هذا التأمين العيني قبل التنفيذ على أمواله هو ، وذلك إذا كان قد اعتمد على هذا التأمين العيني بأن كفل المدين والتأمين العيني موجود ، أى كفله بعد هذا التأمين أو معه .

والمقصود بالتأمين مال للمدين، عقار أو منقول ، يكون مرهوناً رهناً رسمياً أو رهناً حيازياً فى الدين ، أو عليه حق اختصاص أو حق امتياز ضماناً للدين . وإذا كان النص يقول : « إذا كان هناك تأمين عينى خصص قانوناً أو اتفاقاً لضمان الدين » ، فاقتصر على تأمين عينى مصدره القانون أو الاتفاق ، فإنه لا يجب استبعاد حق الإختصاص ويؤخذ بموجب حكم قضائى لا بالقانون ولا بالاتفاق ، لأنأحكام الرهن الرسمى تسرى على حق الاختصاص[1] . ولكن يجب استبعاد المال الذى يباشر عليه الدائن الحق فى الحبس ، لأن الحق فى الحبس ليس بتأمين عينى[2] .

وظاهر نص المادة ٧٩١ مدنى سالفة الذكر لا يشترط أن يكون التأمين العينى مقرراً على مال مملوك للمدين ، بل يقتصر النص على القول بأنه « إذا كان هناك تأمين عينى » . ولكن النص ، كما تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ، مأخوذ من المادة ٢/٤٩٥ التزامات سويسرى والمادة

= ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى السابق .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٧٥٧ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٨٠٠ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى : م ١٠٢٣ (موافق) .

قانون الموجبات والعقود اللبنانى م ١٠٧٢ (العبارة الأخيرة) : وإذا كان الدائن رهن أو حق فى الحبس على بعض أموال المدين المنقول ، وجب عليه استيفاء دينه منه ، إلا إذا كان هذا المال موضوعا لتأمين موجبات أخرى على المديون وكان غير كاف لإيفائها جميعا .

(١) عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٩٨ ص ١٥٠ – محمد على إمام فقرة ٦٦ ص ١٠٩ – جمال الدين زكى فقرة ٥٧ ص ١١٧ – منصور مصطفى منصور فقرة ٤٧ ص ٩٣ .

(٢) منصور مصطفى منصور فقرة ٤٧ ص ٩٣ .

٢/٧٧٢ مدنى ألمانى[1] . وكلا النصين يتحدث عن تأمين عينى على مال المدين[2]. فنص المادة ٢/٤٩٥ التزامات سويسرى يجرى على الوجه الآتى : « إذا حصل الدائن على رهون حيازية تأميناً لحقه ، قبل الكفالة أو فى نفس الوقت ، فإن الكفيل البسيط يستطيع أن يقتضى استيفاء الدائن لحقه من هذه الرهون أولا ، إلا إذا كان المدين فى حالة إفلاس أو كانت الرهون لايمكن تحقيقها بغير إفلاس المدين » . ونص المادة ٢/٧٧٢ ألمانى تجرى على الوجه الآتى : « إذا كان للدائن حق رهن حيازى أو حق حبس على منقول مملوك للمدين الأصلى ، وجب عليه أن يستوفى حقه أولا من هذا المنقول . وإذا كان للدائن حق مماثل على نفس الشىء فيضمن ديناً له آخر ، فإن القاعدة السابقة لا تنطبق إلا إذا كانت قيمة الشىء تغطى الدينين معاً »[3] .

ولا يشترط فى التأمين العينى أن يكون قد خصص لضمان الدين المكفول

---

(١) انظر نفس الفقرة فى الهامش .

(٢) عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٩٨ ص ١٥١ – محمد على إمام فقرة ٦٦ ص ٦١٠ – جمال الدين زكى فقرة ٥٧ ص ١١٧ – سليمان مرقس فقرة ٨٤ ص ٩٣ – منصور مصطفى منصور فقرة ٤٧ ص ٩٣ – ص ٩٤ – انظر عكس ذلك شمس الدين الوكيل : مذكرات فى الكفالة على الآلة الكاتبة ص ٣٠ حيث يجيز أن يكون التأمين العينى واردا على مال لغير المدين ، أى على مال لكفيل عينى فيجوز للكفيل الشخصى أن يطلب تجريده .

وإذا كان التأمين العينى مقررا على مال لغير المدين ، فإن هذا الغير يكون كفيلا عينيا . وليس للكفيل العينى حق تجريد المدين (م ١٠٥٠ مدنى وانظر أيضاً فقرة ٤٨ فى الهامش) ، كما أنه ليس له حق تجريد الكفيل الشخصى . ولكن الدائن يستطيع أن يرجع على أى من الكفيل العينى أو الكفيل الشخصى ، وليس لأى من الكفيلين حق تجريد الكفيل الآخر . لذلك إذا وجدت كفالة عينية وكفالة شخصية لنفس الدين ، فليس الدائن مقيدا بالرجوع أولا على الكفالة العينية ، بل له أن يرجع أولا على الكفيل الشخصى ، والكفيل الشخصى أن يطالب تجريد المدين لا تجريد الكفيل العينى . وهذا بخلاف ما إذا كان التأمين العينى مقررا على مال المدين ، فإن الدائن يجب عليه أن يرجع أولا على هذا المال ، وما بقى من الدين بعد ذلك يرجع به الدائن على الكفيل الشخصى (م ٧٩١ مدنى سالفة الذكر) .

(٣) ويكفى ان يكون التأمين العينى قد قرره المدين على ماله ، حتى لو خرج هذا المال من ملكيته إلى الغير بعد الرهن (عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٩٨ ص ١٥٢) .

وحده ، بل يجوز أن يضمن ديوناً أخرى معه ، كما تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى[1] .

وظاهر أن هذه هى صورة خاصة للدفع بالتجريد[2] ، فالكفيل هنا يطلب من الدائن أن ينفذ على التأمين العينى المخصص لضمان الدين قبل التنفيذ على أمواله هو ، أى أنه يطلب تجريد التأمين العينى الذى قدمه المدين أولا . على أن الكفيل كان له أن يطلب تجريد المدين من أمواله كما سبق القول ، ولكن هذا التجريد فى صورته العامة يشترط فيه أن يدل الكفيل على مال للمدين يكفى للوفاء بالدين كله كما رأينا . أما هنا حيث قدم المدين تأميناً عينياً ، فلا يشترط فى هذه الصورة الخاصة من التجريد أن يكون التأمين العينى كافياً للوفاء بالدين كله . فحتى لو لم يكن هذا التأمين كافياً ، فإنه يجوز للكفيل أن يطلب من الدائن تجريد هذا التأمين العينى واستيفاء جزء من حقه ، وما بقى من الدين يستوفيه الدائن من الكفيل . ولكن يبدو أن للكفيل فى هذه الحالة أن يدفع بالتجريد فى صورته العامة ، فيطلب من الدائن عند ما يرجع هذا على الكفيل بما يبقى من الدين ، أن ينفذ على بقية أموال المدين غير المال الذى قدمه المدين تأميناً عينياً . ويشترط لذلك أن يدل الكفيل على أموال أخرى للمدين تكون كافية للوفاء بكل الباقى من الدين ، وإلا نفذ الدائن بالباقى من الدين على أموال الكفيل .

وقد قدمنا أن هذه الصورة الخاصة من الدفع بالتجريد ترجع إلى أن التأمين العينى الذى قدمه المدين ، وقد كان سابقاً على الكفالة أو معاصراً لها كما ذكرنا ، قد اعتمد عليه الكفيل فى كفالته للمدين ، فمن حقه أن يطلب من الدائن أن ينفذ أولا على هذا التأمين العينى قبل أن ينفذ على أمواله . وقد رأينا[3] أن المادة ٤٨٩ مرافعات[4] تنص على أنه « لا يجوز للدائن أن يتخذ

---

(١) انظر آنفاً نفس الفقرة فى الهامش .

(٢) وهل ذلك يجب على الكفيل التمسك بهذه الصورة كما يتمسك بالدفع بالتجريد ، فلا يحكم القاضى فيها من تلقاء نفسه (عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٩٨ ص ١٥٣ – سليمان مرقس فقرة ٨٣ ص ٩٥) .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٤٨ فى آخرها .

(٤) فظيرها يقابل هذه المادة فى تقنين المرافعات الجديد الذى ظهر أخيراً .

إجراءات التنفيذ على مال للمدين لم يخصص لوفاء حقه إلا إذا كان ما خصص للوفاء غير كاف . . . » . ومعنى ذلك أنه إذ قدم المدين تأميناً عينياً على مال خصصه للوفاء بالدين ، فله أن يطلب من الدائن أن ينفذ أولا على هذا المال المخصص للوفاء بالدين قبل أن ينفذ على سائر أمواله . فأولى أن يطلب الكفيل ذلك أسوة بالمدين ، فيطالب الدائن أن ينفذ أولا على المال الذى خصصه المدين للوفاء بالدين قبل أن ينفذ على أموال المدين[1] ، وهذه هى نفس الصورة الخاصة من الدفع بالتجريد التى نحن بصددها .

ويخلص مما قدمناه أن هناك شروطاً لتطبيق المادة ٧٩١ مدنى سالفة الذكر يمكن تلخيصها فيما يأتى : (١) أن يكون هناك تأمين عينى قدمه المدين لضمان دينه ، ويستوى أن يكون هذا التأمين على عقار أو على منقول ، مخصصاً لضمان الدين المكفول وحده أو لضمان ديون أخرى معه . ويستوى كذلك أن يكون هذا التأمين العينى كافياً للوفاء بالدين ، أو غير كاف للوفاء به . ويشمل التأمين العينى الرهن الرسمى وحق الاختصاص والرهن الحيازى وحق الامتياز ، ولا يشمل الحق فى الحبس . (٢) أن يكون هذا التأمين العينى قد قدمه المدين قبل عقد الكفالة ، أو معاصراً لها . ولا يصح أن يكون متأخراً عن عقد الكفالة ، لأن الكفيل إنما يعتمد على تأمين عينى سبق كفالته أو عاصرها ولكنه لا يعتمد على تأمين عينى تقرر متأخراً عنها . (٣) أن يكون الكفيل غير متضامن مع المدين ، وإلا وجب تطبيق أحكام التضامن ، فيجوز الرجوع على الكفيل قبل الرجوع على المدين فى التأمين العينى الذى قدمه وفى سائر أمواله . ويجب كذلك ألا يكون الكفيل قد نزل عن حقه فى مطالبة الدائن بالتنفيذ أولا على المال الذى ترتب عليه التأمين العينى ، وقد سبق بيان هذا الشرط عند الكلام فى حق التجريد بوجه عام . (٤) أن يتمسك الكفيل بوجوب تنفيذ الدائن أولا على المال الذى ترتب عليه التأمين العينى ، فلا يجوز للمحكمة أن تقضى بذلك من تلقاء نفسها . وقد سبق بيان هذا الشرط أيضاً عند الكلام فى حق التجريد بوجه عام[2] .

---

(١) وذلك ما لم تكن الكفالة سابقة على هذا التأمين العينى ، فلا يكون الكفيل فى هذه الحالة قد اعتمد على هذا التأمين .

(٢) انظر فى هذه الشروط منصور مصطفى منصور فقرة ٤٧ .

٥١ – ما يلتزم به الدائن عند استيفاء الدين من الكفيل — نص قانونى :
تنص المادة ٧٨٧ مدنى على ما يأتى :

« ١ – يلتزم الدائن بأن يسلم للكفيل ، وقت وفائه الدين ، المستندات اللازمة لاستعمال حقه فى الرجوع » .

« ٢ – فإذا كان الدين مضموناً بمنقول مرهون أو محبوس ، وجب على الدائن أن يتخلى عنه للكفيل » .

« ٣ – أما إذا كان الدين مضموناً بتأمين عقارى ، فإن الدائن يلتزم أن يقوم بالإجراءات اللازمة لنقل هذا التأمين ، ويتحمل الكفيل مصروفات النقل على أن يرجع بها على المدين »[1] .

ويفترض هذا النص أن الكفيل لم ينجح فى دفع دعوى الدائن أو لم يدفعها بدفع ما ، فحكم عليه بالدين ، أو أن الكفيل تقدم مختاراً للدائن دون دعوى ووفى الدين . فى هذه الحالة ، يكون للكفيل الذى وفى عن المدين حق الرجوع على هذا الأخير إما بالدعوى الشخصية أو بدعوى الحلول . وسيأتى بيان

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١١٥٧ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٨٥٥ ، فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٨٥٤ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٧٨٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٤٩١ – ص ٤٩٣) .

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى خصوص هذا النص : « يقدر هذا النص واجبا منطقيا على الدائن بأزاء الكفيل مبناه حلول الكفيل محل الدائن ، فيجب إذن أن يمكن من هذا الحلول . والنص منقول عن المادة ٥٠٨ من تقنين الالتزامات السويسرى ، مع شىء من التفصيل قصد به زيادة الإيضاح ومنع اللبس . وحكمه غنى عن التعليق ، إذ هو مجرد تطبيق للقواعد العامة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٤٩٢ – ص ٤٩٣) .

ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى السابق .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٧٥٣ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٧٩٦ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ١٠٢٦ (مطابق) .

قانون الموجبات والعقود اللبنانى لا مقابل .

ذلك . وفى جميع الأحوال ، عند وفاء الكفيل بالدين للدائن ، يجب على هذا الأخير أن يمكنه بما يستطيع من الرجوع على المدين . ويكون ذلك عقب وفاء الكفيل بالدين ، إذا أظهر الدائن استعداده للقيام بالتزامه بمجرد استيفائه . فإذا آنس الكفيل من الدائن أنه غير مستعد للوفاء بالتزامه ، استطاع الكفيل ، بدلا من أن يوفى له الدين ، أن يودعه إيداعاً قضائياً طبقاً للقواعد المقررة لذلك ، وعند ذلك يستطيع بعد هذا الإيداع القضائى أن يرجع على المدين . وكل ذلك قياساً على ما نصت عليه المادة ٣٤٩ مدنى من أنه « ١ – لمن قام بوفاء جزء من الدين أن يطلب مخالصة بما وفاه مع التأشير على سند الدين بحصول هذا الوفاء . فإذا وفى الدين كله كان له أن يطلب سند الدين أو إلغاءه ، فإن كان السند قد ضاع كان له أن يطلب من الدائن أن يقر كتابة بضياع السند . ٢ – فإذا رفض الدائن القيام بما فرضته عليه الفقرة السابقة ، جاز للدائن أن يودع الشيء المستحق إيداعاً قضائياً » .

والذى يلتزم به الدائن نحو الكفيل ، إذا وفى هذا الأخير الدين للأول ، هو ما يأتى :

أولا – أن يسلم الدائن للكفيل المستندات اللازمة لاستعمال حقه فى الرجوع . ومن أهم هذه المستندات مستندات الدين المكفول وهى فى يد الدائن فيجب أن يسلمها للكفيل حتى يرجع هذا بموجبها على المدين ، ومخالصة من الدائن بأنه استوفى الدين من الكفيل وبذلك يثبت هذا الأخير أنه وفى الدين فيستطيع الرجوع على المدين . وغنى عن البيان أن الكفيل ، إذا اضطر إلى إيداع الدين إيداعاً قضائياً كما قدمنا ، يستطيع أن يحصل على شهادة بذلك فتغنيه عن مستندات الدين وعن المخالصة ، فيتمكن من الرجوع على المدين .

ثانياً – ولما كان الكفيل يستطيع الرجوع على المدين بدعوى الحلول كما سنرى ، فإن الدائن يلتزم بتمكينه من هذا الحلول فى تأمينات الدين . فإذا كانت هذه التأمينات واقعة على منقول وكان المنقول فى يد الدائن ، وذلك كما إذا كان فى يد الدائن منقول مرهون رهناً حيازياً ضماناً للدين ، أو ما هو فى حكم التأمين إذا كان هناك منقول فى يد الدائن محبوس فى

الدين ، وجب على الدائن أن يسلم للكفيل هذا المنقول . وذلك حتى يحل فيه محل الدائن فى حق رهن الحيازة أو فى الحق فى الحبس ، فيحبسه فى يده كما كان يحبسه الدائن ، ضماناً لحقه فى الرجوع على المدين .

ثالثاً — أما إذا كان التأمين عقارياً ، بأن كان هناك عقار مرهون رهناً رسمياً أو رهناً حيازياً أو مأخوذ عليه حق اختصاص أو واقع عليه حق امتياز ضماناً للدين ، فإنه يجب على الدائن أن يقوم بالإجراءات اللازمة لنقل هذا التأمين إلى الكفيل ليحل محله فيه . ويتحمل الكفيل مصروفات هــذا النقل على أن يرجع بها على المدين ضمن ما يرجع به عليه .

ويترتب على ما قدمناه أن الدائن يلتزم بالمحافظة على تأمينات الدين عقاراً كانت أو منقولا ، سواء قدمت مع الكفالة أو قبلها أو بعدها ، حتى يحل فيها الكفيل محله . وسنرى ، عند الكلام فى انقضاء الكفالة بطريق أصلى ، ما هى هذه التأمينات ، وما الذى يترتب على إضاعة الدائن لها .

٥٢ — كفيل الكفيل — نص قانونى : تنص المادة ٧٩٧ مدنى على ما يأتى :

« تجوز كفالة الكفيل ، وفى هذه الحالة لا يجوز للدائن أن يرجع على كفيل الكفيل قبل رجوعه على الكفيل ، إلا إذا كان كفيل الكفيل متضامناً مع الكفيل »[1] .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١١٥٥ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ١ – لا يجبر المصدق على الوفاء للدائن إلا حيث يكون المدين الأصلى والكفلاء المسئولون عن كل الدين معسرين ، أو حيث تكون ذمتهم قد برئت بسبب دفوع شخصية خاصة بهم . ٢ – أما إذا كان كل كفيل غير مسئول عن الدين كله ، فلا يجبر المصدق على الوفاء للدائن إلا حيث يكون المدين الأصلى والكفيل المكفول معسرين ، أو حيث تكون ذمتهما قد برئت بسبب دفوع شخصية خاصة بهما » . ورأت لجنة المراجعة أن يحل محل نص المشروع التمهيدى النص الآتى ، وهو يجعل كفيل الكفيل فى علاقته بالدائن كما لو كان الكفيل الأصلى مديناً أصلياً بالنسبة إلى حق رجوع الدائن عليه : « تجوز كفالة الكفيل ، وفى هذه الحالة لا يجوز للدائن أن يرجع على كفيل الكفيل قبل رجوعه على الكفيل » ، وصاحب النص رقمه ٨٦٥ فى المشروع النهائى . وأضافت لجنة الشئون التشريعية لمجلس النواب فى آخر النص العبارة الآتية : « إلا إذا كان كفيل الكفيل متضامناً مع الكفيل» فأصبح النص ، تحت رقم ٨٦٤ ، —

وكفيل الكفيل ، ويسمى أيضاً بالمصدق (certificateur) ، هو من يكفل الكفيل ذاته للدائن ، دون أن يكفل المدين . فكفيل الكفيل يكفل التزاماً تابعاً هو التزام الكفيل ، لا التزاماً أصلياً هو التزام المدين . والتزام كفيل الكفيل تابع لالتزام الكفيل ، كما أن التزام الكفيل تابع لالتزام المدين الأصلى . ولا تفترض كفالة الكفيل ، فاذا كفل المدين الأصلى كفيلان أحدهما كفيل أول والآخر كفيل ثان ، لم يفترض فى الكفيل الثانى أنه كفيل للكفيل الأول ، بل هو كفيل ثان للمدين الأصلى[1] .

ولما كان كفيل الكفيل إنما كفل الكفيل دون المدين الأصلى ، فإن الكفيل يعتبر بالنسبة إليه مديناً أصلياً ، ويعتبر هو بالنسبة إلى الكفيل كفيلا ؛ وعلى ذلك تسرى فى العلاقة ما بين الكفيل وكفيل الكفيل أحكام الكفالة ، فإذا كان كفيل الكفيل غير متضامن مع الكفيل جاز له أن يطلب من الدائن أن يرجع أولا على المدين الأصلى ثم على الكفيل ، وذلك قبل أن يرجع الدائن

= مطابقا لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافق مجلس النواب على المادة كما أقرتها لجنته ، ثم وافق عليها مجلس الشيوخ تحت رقم ٧٩٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٥٣١ – ٥٣٦) .

ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى السابق .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٧٦٣ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٨٠٦ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ١٠٣٩ : الكفيل الذى يكفل الكفيل يعتبر فى علاقته بالدائن كفيلا للكفيل ، وفى علاقته بالكفيل كما لو كان هذا الكفيل مدينا أصليا بالنسبة له .

قانون الموجبات والعقود اللبنانى م ١٠٦٣ : تصح كفالة الكفيل كما تصح كفالة المديون الأصلى .

م ١٠٧٦ : لا يلزم كفيل الكفيل تجاه الدائن إلا إذا أصبح المديون الأصلى وجميع الكفلاء فى حالة العجز ، أو إذا برئت ذممهم بناء على أسباب شخصية مختصة بالمديون أو بالكفلاء .

(١) بلانيول وريبير وساڤاتييه فقرة ١٥٣٨ ص ٩٨٨ – نانسى ١٩ نوفبر سنة ١٨٥٣ داللوز ٥٥ – ٥ – ٦٤ – ركون الكفيل الثانى هو كفيل ثان للمدين الأصلى لا يفيد ، فيما يبدو ، أنه لا يتأخر عن الكفيل الأول فى كفالته ، بل يكون كل كفيل من الكفيلين كفيلا للمدين الأصلى ، وتسرى القواعد المتعلقة بتعدد الكفلاء .

عليه هو . كذلك لكفيل الكفيل أن يدفع بتجريد المدين الأصلى ثم بتجريد الكفيل ، فلا ينفذ الدائن على أموال كفيل الكفيل قبل أن ينفذ أولا على أموال المدين الأصلى ثم على أموال الكفيل[١] . وليس لكفيل الكفيل أن يطلب تقسيم الدين مع الكفيل لأنهما لا يكفلان ديناً واحداً ، فكفيل الكفيل يكفل التزام الكفيل . أما الكفيل فيكفل التزام المدين الأصلى[٢] . ولكن إذا تعدد كفيل الكفيل ، انقسم الدين على كفلاء الكفيل المتعددين لأنهم يكفلون جميعاً التزاماً واحداً هو التزام الكفيل ، وذلك طبقاً للقواعد المقررة فى حق التقسيم[٣] .

ولكفيل الكفيل أن يتمسك بالدفوع التى يجوز للكفيل التمسك بها ، ومن هذه الدفوع دفوع خاصة بالكفيل ودفوع خاصة بالمدين الأصلى[٤] . ويجوز له أن يتمسك بالدفوع الخاصة به هو ، كبطلان عقد كفالة الكفيل أو قابليته للإبطال وانقضاء التزام كفيل الكفيل بطريق أصلى[٥] . وله كذلك أن يتمسك بأن ينفذ الدائن على كفالة عينية قدمها المدين الأصلى ، كما يتمسك بذلك الكفيل المكفول[٦] . وله أن يستعمل حقوق الكفيل الذى كفله باسم هذا الكفيل ، كما يستعمل الدائن حقوق المدين فى الدعوى غير المباشرة[٧] .

---

(١) وهذا كله إذا كان الكفيل غير متضامن مع المدين الأصلى ، أما إذا كان متضامناً معه فلا يملك كفيل الكفيل طلب سبق الرجوع على المدين أولا ولا تجريده ، ولكن يملك طلب سبق الرجوع على الكفيل وتجريده (قارن سليمان مرقس فقرة ٩٠) .

(٢) انظر آنفا فقرة ٤١ .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٤٠ – فقرة ٤٢ .

(٤) انظر آنفا فقرة ٤٥ – فقرة ٤٦ .

(٥) انظر آنفا فقرة ٤٦ .

(٦) انظر آنفا فقرة ٥٠ .

(٧) بلانيول وريبير وساڤاتييه فقرة ١٥٣٨ – ويقول الأستاذ منصور مصطفى منصور فى هذا المعنى : « ولا يؤثر تضامن الكفيل مع المدين فى حق كفيل الكفيل فى الدفع بتجريد الكفيل إذا لم يكن متضامنا معه . ولكن تضامن الكفيل مع المدين يمنع كفيل الكفيل ، فيما نرى ، ولو لم يكن متضامنا مع المدين ، من الدفع بتجريد المدين مادام الكفيل نفسه لا يستطيع أن يدفع بتجريد المدين ، وإلا لترتب على وجود كفيل الكفيل الانتقاص من حقوق الدائن (منصور مصطفى منصور فقرة ٤٥ ص ٨٤) – انظر عكس ذلك عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ١٣٢ – سليمان مرقس فقرة ٧٧ ص ٧٩ – محمد على إمام فقرة ٦١ ص ٩٩ .

أما إذا كان كفيل الكفيل متضامناً مع الكفيل ، فإنه تسرى فى علاقته مع الكفيل أحكام الكفيل المتضامن التى سيأتى ذكرها ، فلا يجوز لكفيل الكفيل أن يطالب الدائن بالرجوع أولا على الكفيل أو على المدين الأصلى ، ولا أن ينفذ الدائن أولا على أموال الكفيل أو على أموال المدين الأصلى . ولكن إذا كان الكفيل غير متضامن مع المدين الأصلى ، فإنه يجوز لكفيل الكفيل أن يستعمل حقوق الكفيل باسم هذا الأخير ، فيطالب من الدائن الرجوع أولا على المدين الأصلى ، وكذلك التنفيذ على أمول المدين الأصلى قبل التنفيذ على أمواله هو .

وإذا وفى كفيل الكفيل الدين ، كان له أن يرجع على الكفيل أو على المدين الأصلى ، أو عليهما معاً مسئولين بالتضامن (in solidum) . ويكون رجوعه بالدعوى الشخصية أو بدعوى الحلول ، كما سنرى فى رجوع الكفيل على المدين[1] .

المطلب الثانى

الكفيل متضامن مع المدين أو مع كفلاء آخرين

٥٣ – تضامن الكفيل مع المدين – نص قانونى : تنص المادة ٧٩٥ مدنى على ما يأتى :

« فى الكفالة القضائية أو القانونية ، يكون الكفلاء دائماً متضامنين »[2].

---

(١) وإذا رفع الدائن الدعوى على كفيل الكفيل ، كان لهذا أن يدخل الكفيل فى الدعوى وكذلك المدين ، ليحكم على كل منهما بأن يرد الكفيل ما عسى أن يحكم به على هذا الأخير إذا نفذ هذا ما حكم به عليه (استئناف مختلط ٥ يونيه سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٣١٤ – سليمان مرقس فقرة ٩٠ ص ١٠٥) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١١٥٠ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ١ – لا يفترض التضامن ما بين الكفيل والمدين ، بل يجب اشتراط التضامن فى عقد الكفالة أو فى عقد منفصل . ٢ – كذلك يجب اشتراط التضامن ما بين الكفلاء الملتزمين بعقد واحد . ٣ – أما فى الكفالة القضائية أو القانونية ، فيكون الكفلاء دائما متضامنين » . وفى لجنة المراجعة حذفت الفقرتان الأولى والثانية لأنهما تطبيق لقواعد العامة ، واستبقيت =

ويفهم من هذا النص أن كلا من الكفيل القضائى والكفيل القانونى يكون دائماً ، وبحكم القانون ، متضامناً مع المدين . وقد قدمنا أن الكفيل القضائى هو الكفيل الذى يكون المدين ملزماً بتقديمه بموجب حكم قضائى فى أحوال معينة نص عليها القانون ، والكفيل القانونى هو الكفيل الذى يكون المدين ملزماً بتقديمه بموجب نص فى القانون[1] . فمتى قدم المدين للدائن كفيلا يكفل الدين ، بموجب حكم قضائى أو بموجب نص فى القانون ، كان هذا الكفيل متضامناً مع المدين[2] . وعلى ذلك تكون هذه الحالة هى إحدى حالات تضامن الكفيل مع المدين ، وقد قررها القانون بنص صريح .

= الفقرة الثالثة ، فأصبح النص ، تحت رقم ٨٦٣ فى المشروع النهائى ، مطابقا لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٨٦٢ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٧٩٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٥٢٧ – ص ٥٢٩) .

ويقابل النص فى التقنين المدنى السابق :

م ٤٩٨ / ٦٠٨ : فى حالة عدم وجود شرط صريح ، لا تكون الكفالة إلا على أصل الدين ، ولا توجب التضامن .

م ٤٩٩ / ٦٠٩ : أما الكفالة التى تؤخذ بالمحاكم أو بناء على حكم ، فتستلزم التضامن حتما مع كفالة الفوائد والمصاريف .

م ٥٠٤ / ٦١٥ : فى حالة تعدد الكفلاء لدين واحد بعقد واحد بغير شرط التضامن ، لا يجوز لرب الدين إلا مطالبة كل منهم بقدر حصته فى الكفالة . وأما إذا كانت الكفالة حاصلة بعدة عقود متوالية ، فهذا لا يدل على تضامن الكفلاء ، ولكن قد يتضح التضامن من قرائن الأحوال .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٧٦١ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٨٠٤ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ١٠٣٠ : ١ – لا تضامن بين الكفيل والمدين ما لم يشترط ذلك فى عقد الكفالة أو فى عقد منفصل . ٢ – أما فى الكفالة القضائية والقانونية والتجارية ، فيكون الكفلاء متضامنين فيما بينهم ومتضامنين مع المدين .

قانون الموجبات والعقود اللبنانى م ١٠٦٩ : إن الكفالة لا تتضمن التكافل بدون اتفاق صريح – فإذا اشترط التكافل أو كانت الكفالة تعد عملا تجاريا من الكفيل ، كانت مفاعيلها خاضعة للأحكام المختصة بالموجبات المتضامنة بين المديونين .

(١) انظر آنفا فقرة ١٤ .

(٢) والمدين إذا التزم بتقديم كفيل ، بموجب حكم قضائى أو بموجب نص فى القانون ، =

ذلك بأن تضامن الكفيل مع المدين يتقرر : كالتضامن ما بين المدينين الأصليين ، إما بالاتفاق أو بنص فى القانون . وقد كان المشروع التمهيدى للمادة ٧٩٥ مدنى ينص على ما يأتى : « ١ — لا يفترض التضامن ما بين الكفيل والمدين ، بل يجب اشتراط التضامن فى عقد الكفالة أو فى عقد منفصل ... ٣ — أما فى الكفالة القضائية أو القانونية فيكون الكفلاء دائماً متضامنين » . وفى لجنة المراجعة لم تستبق إلا الفقرة الثالثة ، لأن باقى النص ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة[1] .

وعلى ذلك يكون مصدر التضامن ما بين الكفيل والمدين هو نفس مصدر التضامن ما بين المدينين الأصليين . فيكون المصدر إذن هو الاتفاق أو القانون .

(المصدر الأول) الاتفاق : وأكثر ما يكون تضامن الكفيل مع المدين مصدره الاتفاق ، فيشترط الدائن تضامنهما معاً . وهذا الذى يقع فى العمل غالباً ، فالتضامن بين الكفيل والمدين وإن كان من الناحية النظرية ليس هو الأصل إذ لا بد من اشتراطه ، إلا أنه من الناحية العملية هو الذى يقع فى العادة ، فيشترط الدائن عادة تضامن الكفيل مع المدين[2] . ويصح أن يكون اشتراط الدائن للتضامن فى العقد ذاته الذى أنشأ الدين وهذا هو الغالب ، كما يصح أن يكون فى عقد مستقل يأتى تاليا لعقد الدين . كما إذا كانت

= فإنه يقدم عادة كفيلا واحداً ، فيكون هذا الكفيل متضامنا مع المدين . وهذا هو المعنى المقصود كما يظهر من نص المادة ٧٩٥ مدنى سالفة الذكر عندما تقول : « يكون الكفلاء دائما متضامنين » ، أى يكون الكفيل الذى قدمه المدين للدائن متضامنا مع المدين . ولكن ظاهر النص يفهم منه أنه فى حالة تعدد الكفلاء الذين يقدمهم المدين ، وهذه حالة نادرة لم تكن ملحوظة وقت وضع النص ، يكون هؤلاء الكفلاء متضامنين مع المدين من جهة ، ومتضامنين فيما بينهم من جهة أخرى . ولا مانع من قبول هذا التفسير فى حالة تعدد الكفلاء القضائيين أو القانونيين الذين يقدمهم المدين ، وإن كان المدين كما سبق القول لا يقدم فعلا إلا كفيلا واحدا فيكون هذا الكفيل متضامنا مع المدين (انظر فى هذه المسألة سليمان مرقس فقرة ٨٦ ص ٩٧ هامش ١) .

(١) انظر نفس الفقرة فى الهامش .

(٢) بيدان وڤواران ١٣ فقرة ١٣٢ — بلانيول وريبير وبولانچيه ٢ فقرة ١٩٤٦ — أنسيكلوبيدى داللوز لفظ Cautionnement فقرة ٢٣١ .

الكفالة فى عقد مستقل يأتى تالياً لعقد الدين فيشترط الدائن فيه التضامن . وسواء كان الاتفاق على التضامن واقعاً فى العقد الذى أنشأ الدين أو كان تالياً له ، فإنه لا يجوز افتراض وجود التضامن دون الاتفاق على ذلك اتفاقاً واضحاً لا شك فيه[1] . فإذا لم يشترط الدائن التضامن ، فسر العقد لمصلحة الكفيل فيكون غير متضامن مع المدين . وشرط التضامن قد يكون ضمنياً ، إذ الشرط الضمنى غير الشرط المفترض ، فالتضامن لا يجوز أن يقوم على شرط مفترض ولكن يجوز أن يقوم على شرط ضمنى . ويترتب على عدم جواز افتراض التضامن أن من يدعى قيام التضامن عليه أن يثبت وجوده ، ويثبت شرط التضامن طبقاً للقواعد العامة فى الإثبات ، وعند الشك فى قيام التضامن يعتبر أنه غير موجود .

(المصدر الثانى) القانون : وقد رأينا مثلين على تضامن مصدره القانون ما بين الكفيل والمدين ، وهما الكفالة القضائية والكفالة القانونية . فكل كفيل قضائى يكون متضامنا مع المدين ، وكذلك يكون متضامناً مع المدين كل كفيل قانونى . ومصدر التضامن هنا نص فى القانون هو المادة ٧٩٥ مدنى التى مر ذكرها[2] . كذلك إذا كانت الكفالة ناشئة عن ضمان الأوراق التجارية

---

(١) أحكام تقضى بالتضامن : استئناف مختلط ١٠ فبراير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ١٦٨ (كتاب أرسله أحد الورثة والتزم فيه بدفع دين مورثه إذا لم تدفعه التركة فى أجل معين : كفالة تضامنية فيما يزيد على نصيبه) – ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٠٩ م ٢٢ ص ٨٣ – أول مارس سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٧٩ (المادة ٦٠٨ مختلط لا تستلزم استعمال لفظ « التضامن » ، بل مرد ذلك إلى تقدير القاضى) – بنى سويف الكلية ٣٠ يونيه سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٦٠٥ ص ١١١٥ (عبارة « ضمان المستأجر فى سداد مبالغ الإيجار ضمانة حضور عزوم وإلزام كشخصه » تفيد التضامن) .

أحكام تقضى بعدم التضامن : استئناف مختلط ٥ فبراير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٢٠٢ (لفظ « عزوم » لا يفيد التضامن) – ٥ فبراير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٢٠٨ (وقع شخص على بياض ، واستخلصت المحكمة أنه لم يوقع كشاهد ولكن ككفيل ، ولم تحكم بتضامنه لعدم وجود شرط واضح فى ذلك) – ٣ نوفمبر سنة ١٩٤٨ م ٦١ ص ١٤ (الكفالة المعطاة فى عقد إيجار لا تكون تضامنية ، ولو كان جميع أطراف العقد تجارا وكان موضوع التعاقد استغلالا تجاريا ، ما لم يتفق على غير ذلك) .

(٢) بنى سويف الكلية ٢٩ مايو سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٦٠٠ ص ١١٠٠ .

ضماناً احتياطياً ، فإن الضامن الاحتياطى (aval) يكون كفيلا متضامناً مع المدين ، ومصدر التضامن هنا نص فى القانون ، فقد نصت المادة ١٣٩ تجارى على أن « الضمان الاحتياطى يكون عن الساحب أو المحيل ، ويلزم الضامن احتياطاً بالوفاء على وجه التضامن بالأوجه التى يلزم المضمون على محها ، ما لم توجد شروط بخلاف ذلك بين المتعاقدين »[1] ، وإذا كانت الكفالة ناشئة عن تظهير (endossement) الأوراق التجارية ، فالقابل والمحيلون كفلاء للساحب متضامنون معه ، ومصدر التضامن هنا نص فى القانون ، فقد نصت المادة ١٣٧ تجارى على أن « ساحب الكمبيالة وقابلها ومحيلها ملزمون لحاملها بالوفاء على وجه التضامن »[2] . وفى بيع السفينة نصت المادة ١/٢٣ من التقنين البحرى على أنه « يجب على الراسى عليه مزاد السفينة من أية حمولة كانت أن يدفع فى ظرف أربع وعشرين ساعة من وقت مرسى المزاد ثلث الثمن الذى رسا به المزاد عليه أو يسلمه إلى صندوق المحكمة ، ويؤدى كفيلا معتمداً بالثلثين يكون له محل فى القطر المصرى ويضع إمضاءه مع المكفول على السند ، ويكونان ملزمين على وجه التضامن بدفع الثلثين المذكورين فى ميعاد أحد عشر يوماً من يوم مرسى المزاد . فهنا يقدم الراسى عليه مزاد السفينة كفيلا بثلثى الثمن ، أى ما يتبقى فى ذمته من الثمن ، ويكون هذا الكفيل متضامناً معه أى مع المدين نحو الدائن ، وذلك بموجب المادة ١/٢٣ بحرى سالفة الذكر .

٥٤ — **تضامن الكفلاء فيما بينهم** : وقد يتعدد الكفلاء ، ويكونون متضامنين فيما بينهم ، وغير متضامنين مع المدين . ومصدر تضامن الكفلاء فيما بينهم هو أيضاً ، كمصدر تضامن الكفيل مع المدين فيما قدمناه ، الاتفاق أو القانون .

ويجوز أن يكون الكفلاء المتعددون متضامنين فيما بينهم ومتضامنين مع

---

(١) انظر آنفا فقرة ٢٧ .

(٢) انظر آنفا فقرة ٢٧ .

المدين فى وقت واحد ، وهذا هو الغالب . فيكون الكفلاء والمدين متضامنين جميعاً ، الأولون باعتبارهم كفلاء والأخير باعتباره مديناً أصلياً .

ويجوز أن يكون كل من الكفلاء المتعددين متضامناً مع المدين ، دون أن يكون هؤلاء الكفلاء المتعددون متضامنين فيما بينهم . فلو أن مديناً واحداً كان له كفيلان ، وكان كل كفيل متضامناً معه ، فإن الكفيلين لا يكونان متضامنين فيما بينهما ، مع أن كل كفيل منهما متضامناً مع المدين . ولكن مع ذلك يسرى على الكفيلين كثير من أحكام التضامن كما لو كانا متضامنين فيما بينهما ، وبوجه خاص يكون كل منهما مسئولا عن كل الدين ولا يكون لأى منهما حق التقسيم ، إذ أن كلا منهما مسئول عن كل الدين بحكم تضامنه مع المدين[1] .

ويجوز أن يتعدد الكفلاء ، ويكون بعضهم متضامناً مع المدين وبعض آخر غير متضامن معه . فلو أن مديناً واحداً كان له ثلاثة كفلاء ، اثنان منهم متضامنان معه والثالث غير متضامن ، فالاثنان المتضامنان معه لا يكون لأى منهما حق التقسيم ولا حق التجريد ، ويكون كل منهما مسئولا عن كل الدين . أما الكفيل الثالث غير المتضامن مع المدين فيكون له حق التقسيم إذا توافرت شروطه فلا يكفل إلا حصته فى الدين ، ويكون له أيضا حق التجريد .

ويجوز أن يتعدد الكفلاء والمدينون فى دين واحد ، ويكون المدينون متضامنين[2] . فإن كان الكفلاء أيضاً متضامنين فيما بينهم ، ولكنهم غير متضامنين مع المدينين المتضامنين ، لم يكن لهؤلاء المدينين المتضامنين فيما بينهم حق التقسيم ، ولكن يكون لهم حق التجريد لأنهم غير متضامنين مع المدينين المتضامنين . أما إذا كان الكفلاء غير متضامنين فيما بينهم وكفلوا بعقد واحد ، كان لهم حق التقسيم ، وكان لهم أيضاً حق التجريد . فإذا كفلوا بعقود

(١) أوبرى ورو ٦ فقرة ٤٢٦ ص ٢٨٥ – ص ٢٨٦ .

(٢) أما إذا كان المدينون غير متضامنين ، فإن الدين ينقسم عليهم فيصبح عدة ديون ، لكل دين مدين . فتؤول المسألة إلى أن يكون هناك مدين واحد كفله كفلاء متعددون ، وقد عالجنا فيما تقدم الصور المختلفة لهذا الفرض .

متوالية ، لم يكن لهم حق التقسيم إلا إذا احتفظ أى منهم بهذا الحق فيكون له ، ولكن يكون لهم حق التجريد لأنهم غير متضامنين مع المدينين المتضامنين . فإذا كان الكفلاء متضامنين فيما بينهم ومتضامنين أيضاً مع المدينين المتضامنين ، لم يكن لهم لا حق التقسيم ولا حق التجريد[1] .

٥٥ — تطبيق أحكام التضامن : ويطبق على الكفلاء المتضامنين فيما بينهم وكذلك على الكفيل المتضامن مع المدين ، بوجه عام ، أحكام التضامن .

ففيما يتعلق بالكفلاء المتضامنين فيما بينهم ، فهؤلاء يكونون فى العلاقة بينهم وبين الدائن ، مدينين متضامنين ليس لهم حق التقسيم . ولهم حق التجريد إذا كانوا غير متضامنين مع المدين ، وليس لهم هذا الحق إذا كانوا متضامنين معه . فيجوز للدائن أن يطالب أياً من الكفلاء المتضامنين فيما بينهم بكل الدين ، ويرجع ذلك إلى فكرة وحدة المحل[2] . ويجوز لكل كفيل أن يحتج بأوجه الدفع الخاصة به وبأوجه الدفع المشتركة بين الكفلاء جميعاً ، ولكن ليس له أن يحتج بأوجه الدفع الخاصة بكفيل آخر . أما إذا انقضى

---

(١) وإذا كان هناك مدينان متضامنان ، كفل أحدهما كفيل وكفل الثانى كفيلان بعقد واحد ، فإن كفيل المدين الأول يكون مسئولا عن كل الدين لأنه كفل مدينا متضامنا مسئولا عن كل الدين . أما كفيلا المدين الثانى فينقسم الدين بينهما لأنهما كفلا بعقد واحد . فإن كفلا بعقدين متواليين ، كان كل منهما مسئولا عن كل الدين إلا إذا احتفظ لنفسه بحق التقسيم (سليمان مرقس فقرة ٩٩ ص ١١٤) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه جرى قضاء هذه المحكمة فى ظل القانون المدنى القديم بأن مؤدى نص المادة ١١٠ منه أن مطالبة أى واحد من المدينين المتضامنين تسرى فى حق باقى المدينين ، كما أن مطالبة أى واحد من الكفلاء المتضامنين تسرى فى حق سائر زملائه لاتحادهم فى المركز والمصلحة اتحادا اتخذ منه القانون أساساً لافتراض نوع من الوكالة بينهم فى مقاضاة الدائن لهم . ومن ثم كان حكم المادة ١١٠ سالف الذكر ساريا فيما بين المدينين المتضامنين بعضهم وبعض ، وفيما بين الكفلاء المتضامنين بعضهم وبعض ، وتكون مطالبة الدائن لبعض الكفلاء المتضامنين بالدين مطالبة منه للآخرين : ويكون الحكم الصادر ضد هذا البعض حجة على باقى الكفلاء المتضامنين وقاطعاً لمدة التقادم بالنسبة لهم (نقض مدنى ١٠ فبراير سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ رقم ٣٧ ص ٢٧٩) .

التزام أحد الكفلاء بسبب غير الوفاء ، كتجديد أو مقاصة أو اتحاد ذمة أو إبراء أو تقادم ، فان أثر انقضاء الالتزام يقتصر عليه ، ولا يحتج أى كفيل آخر بهذا السبب إلا بقدر حصة الكفيل الذى قام به سبب الانقضاء ، ويرجع ذلك إلى فكرة تعدد الروابط . وهناك نيابة تبادلية بين الكفلاء المتضامنين فيما بينهم ، فيعتبر كل كفيل ممثلا للكفلاء الآخرين ونائباً عنهم فيما ينفعهم لا فيما يضرهم . وإذا وفى أحد الكفلاء المتضامنين فيما بينهم كل الدين ، لم يجز له أن يرجع على أى من الكفلاء الباقين إلا بقدر حصته ، ولو كان بما له من حق الحلول قد رجع بدعوى الدائن[1] .

وفيما يتعلق بالكفيل المتضامن مع المدين ، يكون الاثنان بالنسبة إلى الدائن مدينين متضامنين بوجه عام فيجوز للدائن أن يطالب بكل الدين أياً من المدين أو الكفيل . على أن الكفيل المتضامن يختلف عن الكفيل العادى (أى غير المتضامن مع المدين) فى أنه بوجه خاص ليس له أن يتمسك بحق التجريد ، ثم يختلف عن المدين المتضامن فى الدفوع التى يستطيع أن يحتج بها . فنقارن الكفيل المتضامن بالكفيل العادى من جهة ، ثم نقارنه بالمدين المتضامن من جهة أخرى .

٥٦ — الكفيل المتضامن والكفيل العادى — حرمان الكفيل المتضامن من حق التجريد — نص قانونى : تنص المادة ٧٩٣ مدنى على ما يأتى :

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان وفاء الكفيل المتضامن وفاء صحيحا لدين قائم ، فإنه يحق له أن يرجع على باقى الكفلاء المتضامنين كل بقدر حصته فى الدين الذى أوفاه للدائن . ويكون هذا الرجوع بدعوى الحلول أو بالدعوى الشخصية التى أساسها النيابة التبادلية المفترضة قانونا بين المتعهدين المتضامنين فى الدين على ما تقررة المادة ١٠٨ من القانون المدنى الملغى . وإذا كانت الدعوى الشخصية تقوم على الوكالة المفترضة بين الكفلاء المتضامنين ، فإنه يتعين فى شأن تقادمها إعمال قواعد التقادم المقرره فى شأن الوكالة ، واعتبار مدة التقادم بالنسبة لتلك الدعوى خمس عشرة سنة ، تبدأ من تاريخ وفاء الكفيل المتضامن إذ من هذا التاريخ فقط ينشأ حقه فى الرجوع على المتعهدين المتضامنين معه ، ويصبح هذا الحق مستحق الأداء (نقض مدنى ١٠ فبراير سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ رقم ٣٧ ص ٢٧٩ — وهو الحكم السابق الإشارة إليه فى الهامش السابق) .

« لا يجوز للكفيل المتضامن أن يطلب التجريد »[1] .

وقد رأينا أن الكفيل العادى له أن يتمسك بوجوب رجوع الدائن على على المدين أولا ، وله أن يتمسك أيضاً بتنفيذ الدائن على أموال المدين أولا وهذا هو حق التجريد . أما الكفيل المتضامن ، فليس له أن يتمسك بأى من الحقين .

فاذا رجع الدائن على الكفيل المتضامن قبل أن يرجع على المدين ، فليس للكفيل المتضامن أن يدفع رجوع الدائن عليه بوجوب أن يرجع هذا الأخير أولا على المدين . وهذا الحكم هو من أهم أحكام الكفيل المتضامن ، ومن أجل هذا جعل الكفيل متضامناً مع المدين . فالكفيل المتضامن مسئول عن كل الدين كالكفيل العادى ، ولكنه يختلف عن الكفيل العادى فى أن الدائن يستطيع أن يرجع عليه بكل الدين قبل أن يرجع على المدين . فالدائن إذن مخير إن شاء رجع على المدين وإن شاء رجع على الكفيل المتضامن ، وإذا رجع على أحدهما فان ذلك لا يمنعه من الرجوع على الآخر وترك الرجوع على الأول . بل للدائن أن يرجع عليهما معاً فى وقت واحد ، سواء كان الرجوع ابتداء أو كان بعد الرجوع على أحدهما . وتنص المادة ١٠٣١ مدنى عراقى فى هذا الصدد على أنه « إذا كان الكفيل متضامناً مع المدين ، فالدائن

---

(١) تاريخ النص : لم يرد هذا النص فى المشروع التمهيدى ، وقد أضافته لجنة المراجعة نقلا عن المادة ١١٥٧ من لجنة الأستاذ كامل صدقى ، وأصبح رقمه ٨٦١ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٨٦٠ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٧٩٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٣٤ : — ص ٥٣٥) .

ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى السابق .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٧٥٩ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٨٠٢ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ١٠٣١ : إذا كان الكفيل متضامنا مع المدين ، فالدائن مخير فى المطالبة إن شاء طالب المدين وإن شاء طالب الكفيل . ومطالبته أحدهما لا تسقط حق مطالبته الآخر ، فبعد مطالبته أحدهما له أن يطالب الآخر ، وله أن يطالبهما معاً .

قانون الموجبات والعقود اللبنانى م ١٠٦٩ . (انظر آنفا فقرة ٥٣ فى الهامش) .

مخير فى المطالبة إن شاء طالب المدين وإن شاء طالب الكفيل . ومطالبته أحدهما لا تسقط حق مطالبته الآخر ، فبعد مطالبته أحدهما له أن يطالب الآخر ، وله أن يطالبهما معاً »[1] أما الكفيل العادى ، فلا يجوز للدائن أن يرجع عليه قبل المدين . وإذا فعل الدائن ذلك ، كان للكفيل العادى أن يدفع رجوع الدائن عليه بوجوب رجوعه أولا على المدين .

كذلك يجوز للدائن أن ينفذ بالدين على أموال الكفيل المتضامن مع المدين أولا ، ولا يستطيع هذا الأخير أن يتمسك قبل الدائن بحق التجريد ، وهذه مزية أخرى هامة لتضامن الكفيل مع المدين . أما الكفيل العادى ، فلا يجوز للدائن أن ينفذ الدين على أمواله أولا ، وله أن يتمسك بحق التجريد .

٥٧ — الكفيل المتضامن والمدين المتضامن — أوجه الدفع التى يستطيع أن يحتج بها كل منهما — نص قانونى : تنص المادة ٧٩٤ مدنى على ما يأتى :

« يجوز للكفيل المتضامن أن يتمسك بما يتمسك به الكفيل غير المتضامن من دفوع متعلقة بالدين »[2] .

---

(١) انظر آنفا نفس الفقرة فى الهامش .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١١٥١ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « لا يسأل الكفيل المتضامن مسئولية « المدين المتضامن ، فيجوز له أن يتمسك بما يتمسك به الكفيل غير المتضامن من دفوع متعلقة بالدين . وفى لجنة المراجعة حذفت عبارة « لا يسأل الكفيل المتضامن مسئولية المدين المتضامن » لأنها أدخل فى الفقه منها فى التشريع ، ولأن حكم المادة بعد حذف هذه الفقرة يستخلص منه مدلولها » ، فأصبح النص ، تحت رقم ٨٦٢ فى المشروع النهائى ، مطابقا لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٨٦١ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٧٩٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص٥٢٥ — ص ٥٢٦).

ولا مقابل النص فى التقنين المدنى السابق .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٧٦٠ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٨٠٣ (مطابق) .

=

وقد ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى لنص هذه المادة أنها « تبحث فى مركز الكفيل المتضامن مع المدين . وقد كان هذا المركز دائماً محل خلاف شديد : هل يعتبر الكفيل المتضامن فى حكم المدين المتضامن فلا يجوز له التمسك بغير دفوعه الشخصية والدفوع المتعلقة بالدين دون الدفوع الخاصة بالمدين ، أم أن له أن يتمسك بكل الدفوع التى يتمسك بها الكفيل العادى مع حرمانه من حق التقسيم والتجريد والتشريع المصرى (السابق م ٥٠٩/٦٢٢) ، ويجاريه المشروع فى ذلك ، يؤيد الرأى القائل بأن الكفيل ، متضامناً أم عادياً ، له أن يدفع بكل دفوع المدين ، ما عدا نقص الأهلية إذا كان الكفيل يعلم به . ويتفق هذا الرأى فى الواقع مع اتجاه التقنينات الحديثة نحو توسيع حق الكفيل فى التمسك بكل الدفوع التى للمدين حتى الشخصية منها . كذلك يجارى القضاء المصرى هذا الرأى أيضاً : انظر على الأخص نقض ٦ يونيه سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ ص ٣٢٢ رقم ١٥٤ — استئناف أهلى ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ ص ١١٦٢ رقم ٤٩١ — استئناف مختلط ١٤ فبراير سنة ١٨٩٥ ب ٧ ص ١٣٧ — ٢٨ فبراير سنة ١٩٠٠ ب ١٢ ص ٢٣ — ٢٠ أبريل سنة ١٩١١ ب ٢٣ ص ٢٧٣ — راجع مع ذلك بنى سويف ٢٩ مايو سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ ص ١١٠٠ رقم ٦٠٠) » مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٥٢٥ — ص ٥٢٦ »[1] .

— التقنين المدنى العراقى لا مقابل .

قانون الموجبات والعقود اللبنانى م ١٠٦٩ (انظر آنفا فقرة ٥٣ فى الهامش) .

(١) والقضاء الفرنسى يعتبر الكفيل المتضامن فى مركز المدين المتضامن ، ويستند فى ذلك إلى نص المادة ١٠٢١ مدنى فرنسى وتجرى على الوجه الآتى : « الدفع بالتجريد لا يجوز للكفيل المتضامن مع المدين ، وفى هذه الحالة تسرى على الكفيل القواعد المقررة فى شأن المدينين المتضامنين » فيقضى هذا النص ، كما نرى ، بأن التزام الكفيل المتضامن مع المدين تسرى عليه القواعد المقررة فى شأن المدينين المتضامنين . ولكن الفقه الفرنسى يميز بين الكفيل المتضامن مع المدين والمدين المتضامن ، فالأول يعتبر كفيلا ويكون التزامه تابعا لالتزام المدين الأصلى ، أما الثانى فيعتبر مدينا أصليا . وقد سار القضاء المصرى فى عهد التقنين المدنى السابق ، على مذهب الفقه الفرنسى ، وميز بين الكفيل المتضامن مع المدين والمدين المتضامن (انظر الأحكام المشار إليها فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيد فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٥٢٦ — —

ويقتضينا ذلك أن نبحث ما هى الدفوع التى يستطيع أن يتمسك بها المدين المتضامن ، ثم ما هى الدفوع التى يستطيع أن يتمسك بها الكفيل المتضامن مع المدين .

فأوجه الدفع التى يحتج بها المدين المتضامن منصوص عليها فى الفقرة الثانية من المادة ٢٨٥ مدنى على الوجه الآتى : « ولا يجوز للمدين الذى يطالبه الدائن بالوفاء أن يحتج بأوجه الدفع الخاصة بغيره من المدينين ، ولكن يجوز له أن يحتج بأوجه الدفع الخاصة به وبالأوجه المشتركة بين المدينين جميعاً » . فيكون مثل أوجه الدفع الخاصة بالمدين المطالب بالوفاء ، أن تكون الرابطة التى تربط هذا المدين بالدائن مشوبة بعيب فى الرضاء أو بنقص فى أهلية هذا المدين ، أو تكون هذه الرابطة قابلة للفسخ فيطالب المدين بفسخها ، أو تكون قد انقضت بسبب غير الوفاء ، كالمقاصة واتحاد الذمة والإبراء والتقادم ، وهذه جميعها يحتج بها المدين الذى قام السبب من جهته ويدفع بها مطالبة الدائن . وأما أوجه الدفع المشتركة بين الدائنين جميعاً ، فكأن يكون العقد الذى أنشأ الالتزام التضامنى باطلا فى الأصل لانعدام رضاء المدينين جميعاً أو لعدم توافر شروط المحل أو السبب أو لعيب فى الشكل ، أو يكون العقد قابلا للإبطال لصالح جميع المدينين بأن يكون قد وقع عليهم جميعاً إكراه أو تدليس أو وقعوا جميعاً فى غلط جوهرى ، أو يكون العقد قابلا للفسخ بأن يكون الدائن مثلا لم يف بما تعهد به فيكون لكل من المدينين

= وهى الأحكام المذكورة فى المتن) . وأخذ التقنين المدنى الجديد بهذا التمييز بنص تشريعى ، هو المادة ٧٩٤ مدنى سالفة الذكر . فيعتبر الكفيل المتضامن مع المدين كفيلا لا مدينا أصليا ، وله أن يتمسك بما يتمسك به الكفيل العادى من دفوع : وسيأتى تفصيل ذلك فيما يلى فى المتن فى نفس الفقرة – وانظر القانون الفرنسى من قضاء وفقه فى بودرى وقال فقرة ٩١٩ – أوبرى ورو ٦ فقرة ٤٢٣ ص ٢٧١ – ص ٢٧٣ – پلانيول ورپير وساڤاتييه فقرة ١٥٣٩ – پلانيول وريپير وبولانچيه فقرة ١٩٤٦ – كولان وكاپيتان ودى لاموارنديير ٢ فقرة ١٤٠٦ – وانظر أيضا محمد كامل مرسى فقرة ١٠٠ – عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٧١ – سليمان مرقس فقرة ٨٦ – فقرة ٨٨ .

المتضامنين حق المطالبة بالفسخ ، أو يكون أحد الدائنين قد وفى الدين كله فبرئت ذمة الجميع ويكون لكل منهم أن يحتج بهذا الوفاء على الدائن . ولا يحتج المدين المتضامن المطالَب بالوفاء بأوجه الدفع الخاصة بغيره من المدينين المتضامنين ، كما إذا وقع تدليس أو إكراه على غيره أو وقع غيره فى غلط جوهرى فلا يحتج هو بذلك ، وكما إذا كان غيره ناقص الأهلية فلا يحتج هو بنقص أهلية هذا المدين ، وكما إذا كان التزام غيره معلقاً على شرط أو مضافاً إلى أجل فلا يتمسك هو بهذا الدفع ، وكما إذا قام سبب للفسخ بغيره فلا يطالب هو بالفسخ ، وكما إذا قام سبب غير الوفاء لانقضاء التزام غيره فلا يحتج هو بهذا السبب إلا بقدر حصة هذا المدين[1] . ولا يستطيع المدين المتضامن أن يحتج بالدفوع التى ترجع إلى مركز الكفيل باعتباره كفيلا ، لأنه ليس بكفيل بل هو مدين أصلى . لذلك لا يستطيع أن يحتج ببراءة ذمته بقدر ما أضاعه الدائن بخطأه من التأمينات ، ولا يستطيع أن يحتج ببراءة ذمته لتأخر الدائن فى اتخاذ الإجراءات ضد مدين متضامن آخر ، ولا يستطيع أن يحتج ببراءة ذمته بقدر ما أصابه من ضرر بسبب عدم تقدم الدائن فى تفليسة مدين متضامن آخر .

أما أوجه الدفع التى يحتج بها الكفيل المتضامن مع المدين ، فتنص المادة ٧٩٤ مدنى كما رأينا على أنه « يجوز للكفيل المتضامن أن يتمسك بما يتمسك به الكفيل غير المتضامن من دفوع متعلقة بالدين » . فالكفيل المتضامن إذن ، فى التقنين المدنى الجديد ، ليس فى مركز المدين المتضامن ، بل يبقى كفيلا التزامه تابع للالتزام الأصلى . ويتفق هذا الحكم ، كما تقول المذكرة الإيضاحية فيما أسلفناه ، « مع اتجاه التقنينات الحديثة نحو توسيع حق الكفيل فى التمسك بكل الدفوع التى للمدين ، حتى الشخصية منها » . ولما كان للكفيل المتضامن أن يتمسك بما يتمسك به الكفيل غير المتضامن من دفوع متعلقة بالدين ، ولما كان الكفيل غير المتضامن طبقاً للمادة ١/٧٨٢ مدنى

---

(١) انظر الوسيط ٣ فقرة ١٨٨ – فقرة ١٩٤ .

« له أن يتمسك بجميع الأوجه التى يحتج بها المدين » ، فإن للكفيل المتضامن مع المدين أن يحتج بأوجه الدفع إلى مدى أبعد مما يحتج به المدين المتضامن . فللكفيل المتضامن مع المدين أن يتمسك ببطلان التزام المدين ، لعيب فى الشكل أو لانعدام الرضاء أو لعدم توافر شروط المحل أو لعدم مشروعية السبب أو لأى سبب آخر من أسباب بطلان الالتزام . أما المدين المتضامن فقد رأينا أنه لا يستطيع أن يحتج ببطلان التزام مدين متضامن آخر إذا كان سبب البطلان خاصاً بهذا المدين الآخر ، كأن انعدم رضاء هذا المدين الآخر دون أن ينعدم رضاء المدين الأول . وللكفيل المتضامن مع المدين أن يتمسك بابطال عقد المدين الأصلى لأن التزامه يكون تبعاً لذلك قابلا للإبطال ، أما المدين المتضامن فلا يستطيع أن يحتج بقابليـــة التزام مدين متضامن آخر للبطلان إذا كان سبب ذلك راجعاً إلى المدين الآخر ، كأن كان رضاؤه معيباً أو كان هذا المدين الآخر ناقص الأهلية . ويستطيع الكفيل المتضامن مع المدين أن يتمسك بنقص أهلية المدين الأصلى ، إلا إذا كان قد كفل هذا المدين بسبب نقص أهليته كما سبق القول . وإذا انقضى التزام المدين الأصلى بسبب غير الوفاء ، كالتجديد أو المقاصة أو اتحاد الذمة أو الإبراء أو التقادم ، جاز للكفيل المتضامن مع المدين ، والتزامه تابع لالتزام المدين ، أن يتمسك هو أيضاً بانقضاء التزامه . أما المدين المتضامن ، فقد رأينا أنه لا يستطيع أن يتمسك بانقضاء التزامه إلا بقدر حصة المدين المتضامن الذى قام به سبب الانقضاء . وهناك دفوع ترجع إلى مركز الكفيل باعتباره كفيلا ، ويستطيع أن يحتج بها الكفيل المتضامن مع المدين دون أن يستطيع المدين المتضامن ذلك . فيستطيع الكفيل المتضامن أن يحتج ببراءة ذمته بقدر ما أضاعه الدائن بخطأه من التأمينات وبتأخر الدائن فى اتخاذ الإجراءات ضد المدين الأصلى وبعدم تقدم الدائن فى تفليسة المدين الأصلى ، ولا يستطيع المدين المتضامن الاحتجاج بشىء من ذلك .

ومن ذلك نرى أن المبدأ الأساسى هو أن التزام الكفيل المتضامن مع المدين ، كالتزام الكفيل العادى ، تابع لالتزام المدين الأصلى ، فينقضى التزام الكفيل المتضامن بانقضاء التزام المدين الأصلى ولو لسبب آخر غير الوفاء . وهذا بخلاف المدين المتضامن ، فإن التزامه ليس تابعاً لالتزام مدين متضامن آخر ، ولذلك لا يستطيع أن يحتج إلا بأوجه الدفع الخاصة به وبأوجه الدفع المشتركة بين المدينين المتضامنين جميعاً . ولا يحتج بانقضاء التزام مدين متضامن آخر لسبب غير الوفاء إلا بقدر حصة هذا المدين ، فى حين أن الكفيل المتضامن له أن يحتج بانقضاء الدين كله ولو انقضى لسبب آخر غير للوفاء[1] كما سبق القول .

وإذا أراد الكفيل المتضامن أن يكون فى مركز المدين المتضامن نفسه ، فلا يحتج إلا بأوجه الدفع التى يحتج بها المدين المتضامن وبالقدر الذى يحتج به هذا الأخير ، وفى ذلك تقوية لضمان الدائن إذ يكون مسئولا أمامه مدينان متضامنان لا مدين وكفيل متضامن معه ، فما على الكفيل المتضامن إذا قبل تقوية ضمان الدائن على النحو السالف الذكر إلا أن يتقدم ، لا ككفيل متضامن مع المدين ، بل كمدين متضامن أصلى شأنه فى ذلك شأن سائر المدينين المتضامنين . ويبقى فى علاقته بالدائن مديناً متضامناً لا كفيلا متضامناً

---

(١) وقد قضت كة النقض فى عهد التقنين المدنى السابق بأن الشارع لم يقصد التسوية بين المدين المتضامن والكفيل المتضامن فى الحكم الذى نص عليه فى المادة ١١٠ من القانون المدنى (السابق) من أن مطالبة أحد المدينين مطالبة رسمية وإقامة الدعوى عليه بالدين يسريان على باقى المدينين ، بل محل هذا الحكم أن يكون التضامن الذى يربط المتعهدين بعضهم ببعض ناشئا من مصدر واحد . وإذن فمطالبة أى واحد من المدينين المتضامنين تسرى فى حق باقى المدينين ، كما أن مطالبة أى واحد من الكفلاء المتضامنين تسرى فى حق سائر زملائه ، لاتحاد المركز والمصلحة اتحاداً اتخذ منه القانون أساساً لافتراض نوع من الوكالة بينهم فى مقاضاة الدائن لهم . ومن ثم كان حكم المادة ١١٠ ساريا فيما بين المدينين المتضامنين بعضهم وبعض ، وفيما بين الكفلاء المتضامنين بعضهم وبعض ، لا فيما المدين وكفيله المتضامن معه (نقض مدنى ١٢ يناير سنة ١٩٤٦ مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض فى ٢٥ عاما الجزء الثانى ص ٩٣٨ رقم ١٤) .

مع المدين ، ولا تظهر حقيقة مركزه وأنه كفيل لا مدين أصلى إلا فى علاقته مع المدين الأصلى . إذ يكون هذا المدين الأصلى هو وحده صاحب المصلحة فى الدين فيتحمل به كله ، وإذا وفاه للدائن لم يرجع بشىء على الكفيل ، أما إذا وفى الكفيل الدين للدائن فإنه يرجع به كله على المدين الأصلى . وفى ذلك تقول المادة ٢٩٩ مدنى : « إذا كان أحد المدينين المتضامنين هو وحده صاحب المصلحة فى الدين ، فهو الذى يتحمل به كله نحو الباقين »[(١)].

---

(١) هذا وقد سبق أن كتبنا فى الجزء الثالث من الوسيط ، فى خصوص المادة ٢٩٩ مدنى ، ما يأتى « ويظهر من هذا النص أن هناك حالة لا يكون فيها المدينون المتضامنون جميعاً هم أصحاب المصلحة فى الدين ، بل يكون واحد منهم أو أكثر هم أصحاب المصلحة دون الآخرين . فإذا يكون فى هذه الحالة ، شأن هؤلاء الآخرين الذين ليس لهم مصلحة فى الدين ، أى ليسوا هم المدينين الحقيقيين ، ومع ذلك يتضامنون فى الدين مع أصحاب المصلحة فيه ؟ إنهم يكونون لا شك كفلاء لأصحاب المصلحة ، وأصحاب المصلحة وحدهم هم المدينون الحقيقيون أو المدينون الأصليون . يبقى أن ننظر لماذا لم يبرز هؤلاء وأولئك فى الوضع القانونى المألوف ، مدينين أصليين وكفلاء ، بل برزوا جميعا مدينين متضامنين ؟ يسوقنا هذا إلى إيراد عجالة سريعة فى تاريخ الكفالة . لم يكن القانون الرومانى القديم يعرف الكفالة فى وضعها الحديث ، ولم يكن متصورا فى صناعة هذا القانون أن شخصا آخر يلتزم بنفس الدين الذى التزم به المدين دون أن يكون مدينا أصليا معه ، لا مجرد مدين تابع . فلم يكن هناك بد ، إذا أريد أن يكون للمدين كفيل ، من أن يلتزم الكفيل بالدين التزاماً أصليا كما التزم المدين . ولما كان التضامن معروفا من زمن قديم وقد سبق الكفالة — بل هو الأصل الذى نشأت الكفالة عنه — فقد استخدم لتأدية أغراض الكفالة . فالكفيل كان إذن ، فى القانون الرومانى القديم ، مدينا متضامنا مع المدين الأصلى . ثم ما لبث القانون الرومانى أن تطور ، وبدت معالم الكفالة تتبين شيئا فشيئا ، فأعطى الكفيل حق التقسيم إذا تعدد ، ثم أعطى له حق تجريد المدين ، ثم اعترف فى النهاية أن التزامه ليس التزاماً أصليا بل هو التزام تابع لالتزام المدين المكفول . على أن مقتضيات الائتمان استوجبت أن تتنوع الكفالة لتزيد توثيقا للدين ، فرجعت فى تنوعها إلى ما كانت عليه من قبل ، وأصبحت فى الوقت الحاضر تنطوى على صور متدرجة . فأبسط صورها وأضعفها توثيقا للدين هى ، كما أشرنا إلى ذلك فى مكان آخر ، أن يكفل الكفيل المدين دون أن يتضامن معه ، ودون أن يتضامن مع الكفلاء الآخرين . فيكون الكفيل فى هذه الصورة مدينا تابعاً ، له حق تجريد المدين الأصلى ، وله حق التقسيم مع الكفلاء الآخرين . ثم تأتى صورة =

المبحث الثانى

العلاقة فيما بين الكفيل والمدين وفيما بينه وبين الملتزمين بالدين

المطلب الأول

العلاقة فيما بين الكفيل والمدين

٥٨ — الرجوع بالدعوى الشخصية أو بدعوى الحلول : إذا وفى

= ثانية للكفالة هى أقوى فى توثيق الدين ، فيكفل الكفيل المدين دون أن يتضامن معه ، ولكنه يتضامن مع الكفلاء الآخرين . وهنا يبقى الكفيل مدينا تابعاً ، ويبقى له حق تجريد المدين ، ولكن ليس له حق التقسيم مع الكفلاء الآخرين الذين تضامن معهم . ثم تأتى صورة ثالثة للكفالة تزيد قوة فى توثيق الدين ، هى أن يكفل الكفيل المدين ويتضامن معه ، كما يتضامن مع الكفلاء الآخرين . وهنا يبقى الكفيل مدينا تابعاً ، ولكن ليس له حق التقسيم مع الكفلاء الآخرين لأنه متضامن معهم ، وليس له كذلك حق تجريد المدين لأنه أيضاً متضامن معه . ثم تأتى الصورة الأخيرة للكفالة وهى أقوى الصور جميعاً فى مراتب التوثيق . فيكفل الكفيل الدين فيما بينه وبين المدين ، ولكنه يتقدم إلى الدائن مدينا متضامنا مع المدين الأصلى ، ومتضامنا مع الكفلاء الآخرين الذين يتقدمون هم أيضاً مدينين متضامنين مع الدين . وهكذا تعود للكفالة إلى ما كانت عليه فى عهدها القديم ، ولكن لأسباب لا ترجع إلى الصناعة القانونية كما كان الأمر فى القانون الرومانى القديم ، بل ترجع إلى اعتبارات عملية هى الوصول فى توثيق الدين إلى أبعد غاياته . وهنا لا يكون للكفيل حق التقسيم مع الكفلاء الآخرين ، ولا حق تجريد المدين ، بل هو لا يبقى مديناً تابعاً ، وإنما يكون مديناً أصلياً متضامناً مع المدين المكفول . . . أما فى علاقتهم (المدينين المتضامنين) بعضهم ببعض ، فقواعد الكفالة هى التى تسرى دون قواعد التضامن . فإذا كان الدائن قد طالب المدين الأصلى بالدين فدفعه ، لم يرجع هذا المدين بشىء على المدينين المتضامنين معه إذ هم ليسوا إلا كفلاء عنه . أما إذا كان الدائن قد طالب أيا من هؤلاء المدينين المتضامنين غير المدين الأصلى بالدين فدفعه ، رجع الدافع بالدين كله على المدين الأصلى كما يفعل الكفيل الذى وفى الدين فى رجوعه على المدين ، ولم ينقسم الدين على سائر المدينين المتضامنين . . . وإذا دفع مدين غير ذى مصلحة فى الدين كل الدين للدائن بناء على مطالبته إياه ، وأراد الرجوع على أصحاب المصلحة فى الدين فوجدهم جميعاً معسرين ، رجع عند ذلك على المدينين غير أصحاب المصلحة كل بقدر حصته فى الدين » (الوسيط ٣ فقرة ٢٠٨).

الكفيل الدين للدائن ، كان فى حكم من وفى دين غيره . ذلك بأن الكفيل لم يكن فى الأصل ملتزماً بالدين ، وإنما التزم به بموجب عقد الكفالة ، فهو قد وفى دين غيره وإن كان قد وفى دين نفسه لأنه التزم بهذا الوفاء . وحكم من وفى دين غيره طبقاً للقواعد العامة هو أنه يرجع على المدين الأصلى ، ويرجع عليه بإحدى الدعويين ، أما بالدعوى الشخصية (م ٣٢٤ مدنى) أو بدعوى الحلول (م ٣٢٦ مدنى) . وقد طبقت هذه القواعد العامة بالنسبة إلى الكفيل باعتباره أنه وفى دين غيره ، فأجازت المادة ٨٠٠ مدنى للكفيل أن يرجع على المدين بالدعوى الشخصية ، كما أجازت المادة ٧٩٩ مدنى للكفيل أن يرجع على المدين بدعوى الحلول . ثم إن المادة ٨٠١ مدنى واجهت حالة ما إذا تعدد المدينون الأصليون وكانوا متضامنين ، ووفى الكفيل عنهم الدين للدائن وأراد الرجوع على هؤلاء المدينين المتضامنين .

فلدينا إذن حالات ثلاث : (١) حالة رجوع الكفيل على المدين بالدعوى الشخصية . (٢) وحالة رجوع الكفيل على المدين بدعوى الحلول . (٣) وحالة رجوع الكفيل على المدينين المتضامنين .

§ ١ – رجوع الكفيل على المدين بالدعوى الشخصية

٥٩ – نصوص قانونية : تنص المادة ٧٩٨ مدنى على ما يأتى :

« ١ – يجب على الكفيل أن يخطر المدين قبل أن يقوم بوفاء الدين ، وإلا سقط حقه فى الرجوع على المدين إذا كان هذا قد وفى الدين أو كانت عنده وقت الاستحقاق أسباب تقضى ببطلانه أو بانقضائه » .

« ٢ – فإذا لم يعارض المدين فى الوفاء ، بقى للكفيل حقه فى الرجوع عليه ولو كان المدين قد دفع الدين أو كانت لديه أسباب تقضى ببطلانه أو بانقضائه » .

وتنص المادة ٨٠٠ مدنى على ما يأتى :

« ١ – للكفيل الذى وفى الدين أن يرجع على المدين ، سواء كانت الكفالة قد عقدت بعلمه أو بغير علمه » .

« ٢ – ويرجع بأصل الدين وبالفوائد والمصروفات ، على أنه فى المصروفات لا يرجع إلا بالذى دفعه من وقت إخباره المدين الأصلى بالإجراءات التى اتخذت ضده » .

« ٣ – ويكون للكفيل الحق فى الفوائد القانونية عن كل ما قام بدفعه من يوم الدفع »[1] .

---

(١) تاريخ النصوص :

م ٧٩٨ : ورد هذا النص فى المادة ١١٥٨ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٨٦٦ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٨٦٥ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٧٩٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٥٣٧ – ص ٥٤٠) .

ويقابل النص فى التقنين المدنى السابق المادة ٥٠٧ / ٦١٩ : على الكفيل أن يخبر المدين قبل أداء الدين بعزمه على الأداء أو بالمطالبة الحاصلة له من رب الدين ، وإلا سقط حقه فى الحالتين إذا كان المدين أدى الدين بنفسه أو كانت له أوجه لإثبات بطلان الدين أو زواله منه .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٧٦٤ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٨٠٧ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى لا مقابل .

قانون الموجبات والعقود اللبنانى م ١٠٨٦ : لا يحق للكفيل أن يرجع على المديون الأصلى إذا كان قد دفع الدين أو حكم عليه فى الدرجة الأخيرة بدون أن يعلم المديون ، بشرط أن يثبت المديون أنه قد أوفى الدين أو أن لديه أسبابا تثبت بطلان الدين أو سقوطه . على أن هذه القاعدة لا تنطبق عندما يستحيل على الكفيل إعلام المديون ، كما لو كان المديون غائبا .

م ٨٠٠ : ورد هذا النص فى المادة ١١٥٣ مكررة على الوجه الآتى : « ١ – للكفيل الذى وفى الدين أن يرجع على المدين ، سواء كانت الكفالة قد عقدت بعلمه أو بغير علمه . ٢ – ويرجع بأصل الدين وبالفوائد والمصروفات ، على أنه فى المصروفات لا يرجع إلا بالذى دفعه من وقت إخباره المدين الأصلى بالإجراءات التى اتخذت ضده . ٣ – ويكون للكفيل الحق =

– فى الفوائد القانونية عن كل ما قام بدفعه ابتداء من اليوم الذى يكون قد أخبر المدين بالدفع . ولكن إذا كان الدين فوائد ، فيكون للكفيل الحق فى استيفائها من يوم وفائه بها الدائن .

٤ – وللكفيل فوق ذلك أن يرجع بالتعويض » . وقد أقرت لجنة المراجعة الفقرتين الأولى والثانية ، أما الفقرة الثالثة فقد عدلت صياغتها بما يجعل للكفيل حقا فى الفوائد القانونية عما دفعه ابتداء من يوم الدفع لا ابتداء من اليوم الذى أخبره فيه المدين بالدفع ، لأن هذا أعدل . وحذفت الجزء الأخير من الفقرة اكتفاء بالقواعد العامة ، كما حذفت الفقرة الرابعة اكتفاء بتطبيق هذه القواعد . فأصبح النص ، تحت رقم ٨٦٨ فى المشروع النهائى ، مطابقا لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٨٦٧ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٨٠٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٥٤٦ – ص ٥٤٨) .

ويقابل النص فى التقنين المدنى السابق المادة ٥٠٥ / ٦١٧ : إذا دفع الكفيل الدين عند حلول الأجل ، فله الرجوع على المدين بجميع ما أداه .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٧٦٦ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٨٠٩ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ١٠٣٣ / ١ إذا أدى الكفيل ما كفل به من ماله ، فله الرجوع بما أداه على المدين .

م ١٠٣٤ : إذا أدى الكفيل للدائن عوضاً بدل الدين ، يرجع على المدين بما كفله لا بما أداه . أما إذا صالح الدائن على مقدار من الدين ، فإنه يرجع ببدل الصلح لا بجموع الدين .

م ١٠٣٨ : إذا كان الدين المكفول به مؤجلا ، ودفعه الكفيل للدائن معجلا ، فلا يرجع به على المدين إلا عند حلول الأجل .

م ١٠٣٧ : يرجع الكفيل على المدين بما يضطر إلى صرفه لتنفيذ مقتضى الكفالة .

قانون الموجبات والعقود اللبنانى م ١٠٨٠ : الكفيل الذى أوفى الموجب الأصلى أن يرجع على المديون بجميع ما دفعه ، ولو كانت الكفالة قد أعطيت على غير علم من المديون . وله حق الرجوع عليه بالمصاريف والأضرار الناشئة بحكم الضرورة عن الكفالة . وكل عمل من الكفيل ، غير الإيفاء الحقيقى ، من شأنه أن يسقط الموجب الأصلى ويبرئ ذمة المديون ، يعد بمثابة الإيفاء ، ويفتح للكفيل سبيل الرجوع على المديون الأصلى بأصل الدين والمصاريف المتصلة به .

م ١٠٨١ : لا يحق للكفيل الذى أوفى الدين أن يرجع على المديون الأصلى ، إلا إذا أبرز سند إيصال من الدائن أو غيره من الوثائق التى تثبت سقوط الدين . وليس للكفيل الذى دفع قبل الاستحقاق أن يرجع على المديون ، إلا فى موعد استحقاق الموجب الأصلى .

م ١٠٨٣ : إذا تصالح الكفيل والدائن ، فليس للكفيل حق الرجوع على المديون وسائر الكفلاء ، إلا بما دفعه فعلا أو بما يعادل قيمته إذا كان هناك مبلغ معين .

ويخلص من هذه النصوص أن الكفيل ، إذا وفى الدين عن المدين ، يرجع عليه بما وفاه بموجب دعوى شخصية ، وهذا يقتضى البحث : (١) أى كفيل يرجع على المدين بالدعوى الشخصية . (٢) ما هو الأساس القانونى الذى تقوم عليه الدعوى الشخصية . (٣) ما هى الشروط الواجب توافرها لرجوع الكفيل على المدين بالدعوى الشخصية . (٤) ما الذى يرجع به الكفيل على المدين فى الدعوى الشخصية إذا وفى الكفيل الدين كاملا . (٥) ما الذى يرجع به الكفيل على المدين فى الدعوى الشخصية إذا وفى الكفيل جزءاً من الدين .

٦٠ — **أى كفيل يرجع على المدين بالدعوى الشخصية** : رأينا[١] أن الفقرة الأولى من المادة ٨٠٠ مدنى تنص على أن « للكفيل الذى وفى الدين أن يرجع على المدين ، سواء كانت الكفالة قد عقدت بعلمه أو بغير علمه » . فالكفيل يرجع على المدين بالدعوى الشخصية ، إذا كانت الكفالة قد عقدت بعلم المدين وبرضاه الصريح أو الضمنى ، أو بغير علمه . ويستوى فى ذلك الكفيل العادى والكفيل المتضامن والكفيل الذى تقدم باعتباره مديناً متضامناً أصلياً ، والكفيل غير المأجور والكفيل المأجور ، والكفيل الشخصى والكفيل العينى .

أما إذا عقدت الكفالة بعلم المدين ولكن بالرغم من معارضته ، فإن هذا الفرض لا يدخل فى نص الفقرة الأولى من المادة ٨٠٠ مدنى . صحيح أن الكفالة فى هذا الفرض تعقد بعلم المدين إذ هو يعارض فيها ، ولكن النص عند ما تحدث عن كفالة تعقد بعلم المدين إنما افترض أنها عقدت برضاء المدين ، ولو أراد كفالة تعقد بالرغم من معارضة المدين لذكر ذلك صراحة كما ذكره فى حالات أخرى[٢] . وعلى ذلك يكون النص قد أغفل هذا

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٥٩ .

(٢) انظر المواد ٢/٣٢٣ و ٢/٣٢٤ و ٧٧٥ – وانظر عبد الفتاح عبد الباقى فقرة =

الفرض ، فلم يبق إلا تطبيق المبادئ العامة . وهذه تقضى بأن الكفيل فى هذا الفرض إذا وفى الدين عن المدين يكون قد افتقر بمقدار ما دفع ، ويكون المدين قد اغتنى أيضاً بهذا المقدار لأن الدين كان فى ذمته فبرئت ذمته منه ، فيرجع الكفيل على المدين بقاعدة الإثراء بلا سبب ، أى يرجع بمقدار ما دفع عن المدين إذا كانت ذمة المدين قد برئت بهذا المقدار[1] . ولكن الكفيل لا يرجع بالمصروفات التى تكبدها لأن المدين لم يغتن بمقدارها وإن كان الكفيل قد افتقر ، ولا يرجع الكفيل بفوائد ما دفعه إلا من وقت المطالبة القضائية بالفوائد طبقاً للقواعد العامة ، فلا يرجع بالفوائد من وقت الدفع ، وهذا بخلاف الكفيل الذى عقد الكفالة بعلم المدين وبرضاه الصريح أو الضمنى ، أو عقدها بغير علمه ، فسنرى أنه يرجع بالمصروفات وبالفوائد من وقت أن وفى الدين ، وهذا هو الفرق بين كفيل عقد الكفالة من غير معارضة المدين وكفيل عقدها بالرغم من معارضة المدين[2] .

وإذا عقدت الكفالة لمصلحة الدائن دون مصلحة المدين ، كأن عقد

= ١٠٣ ص ١٦٠ هامش ١ – محمد كامل مرسى فقرة ٢٠٤ ص٢١٩ – محمد على إمام فقرة ٧٦ ص ١٣٠ – سليمان مرقس فقرة ١٠٦ ص ١٢٠ – منصور مصطفى منصور فقرة ٥١ ص ٩٧ .

(١) فلو وفى الكفيل ديناً كان للمدين دفوع تبطله كله أو بعضه ، أو تجعله منقضياً كله أو بعضه ، فإن وفاء الكفيل للدين لا يعود على المدين بفائدة ما أو يعود عليه بفائدة جزئية ، فلا يرجع الكفيل على المدين إلا بمقدار ما عاد على هذا الأخير بسبب الوفاء . وإذا وفى الكفيل الدين قبل حلول أجله ، لم يرجع على المدين إلا عند حلول الأجل ، لأنه المدين لم يفد من وفاء الكفيل إلا منذ حلول الأجل . انظر سليمان مرقس فقرة ١١٨ .

(٢) أما فى فرنسا فكثير من الفقهاء ينكرون على الكفيل حتى الرجوع بدعوى الإثراء بلا سبب ، ما يعطون له إلا دعوى الحلول (ديرانتون ١٨ فقرة ٣١٦ – لوران ٢٨ فقرة ٢٣٦ – جيوار فقرة ١٧٦ – أوبرى ورو ٦ فقرة ٤٢٧ ص ٢٩٠ وهامش ١٥ – بودرى وفال فقرة ١١٠٤ – وانظر من هذا الرأى فى مصر محمد كامل مرسى فقرة ٢٠٤ ص ١٤١) .

الكفيل الكفالة بعد عقد الدين لتأمين الدائن دون أية فائدة للمدين ، لم يكن الكفيل ، سواء كانت الكفالة لمصلحته أو لم تكن ، أن يرجع على المدين ، كما فى الفرض السابق ، إلا بدعوى الإثراء بلا سبب[1] . فيرجع بما دفعه من الدين وهو مقدار ما افتقر به وفى الوقت ذاته مقدار ما اغتنى به المدين ، دون أن يرجع بالمصروفات أو بالفوائد[2] . أما إذا عقدت الكفالة لمصلحة كل من المدين والدائن معاً ، فإن الكفيل يرجع على المدين بنفس الدعوى الشخصية كالتى كان يرجع بها لو أن الكفالة عقدت لمصلحة المدين وحده . وهذا هو الحكم أيضاً فيما إذا اعتبرت الكفالة لمصلحة المدين والكفيل معاً[3].

٦١ — **الأساس القانونى الذى تقوم عليه الدعوى الشخصية :** فيما عدا الفرضين اللذين يرجع فيها الكفيل على المدين بدعوى الإثراء بلا سبب ، وهما فرض ما إذا عقد الكفيل الكفالة بالرغم من معارضة المدين وفرض ما إذا كانت الكفالة قد عقدت لمصلحة الدائن دون مصلحة المدين ، يوجد خلاف فى الرأى بين الفقه الفرنسى وغالبية الفقهاء المصريين فى الأساس القانونى الذى تقوم عليه الدعوى الشخصية .

ففى الفقه الفرنسى يذهب الفقهاء بوجه عام إلى أن الدعوى الشخصية التى يرجع بها الكفيل على المدين ليست إلا دعوى الوكالة إذا عقدت الكفالة بعلم المدين ودون معارضته ، وتكون الوكالة صريحة إذا رضى المدين بالكفالة

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ١٠٣ — محمد على إمام فقرة ٧٦ ص ١٣١ — سليمان مرقس فقرة ١٠٦ ص ١٢١ — منصور مصطفى منصور فقرة ٥١ ص ٩٨ — وانظر عكس ذلك وأن الكفيل لا يرجع بدعوى الإثراء بلا سبب ويقتصر على دعوى الحلول : محمد كامل مرسى فقرة ١٠٤ ص ١٤١ .

(٢) أما فى فرنسا فيذهب الفقه إلى أن الكفيل الذى عقد الكفالة لمصلحة الدائن لا يرجع على المدين إلا بدعوى الإثراء بلا سبب ، وإنما يرجع بدعوى الحلول (پون ٢ فقرة ٢٤٦ — جيوار فقرة ١٧٧ — بودرى وقال فقرة ١١٠٣) .

(٣) جيوار فقرة ١٧٧ — محمد كامل مرسى فقرة ١٠٤ ص ١٤١ .

رضاء صريحاً ، وتكون الوكالة ضمنية إذا رضى المدين بالكفالة رضاء ضمنياً أى سكت ولم يعارض فى الكفالة . أما إذا عقدت الكفالة بغير علم المدين ، فإن الكفيل يكون فضولياً ، ويرجع إذا وفى الدين بدعوى الفضالة على المدين . ومعنى أن الأساس القانونى للدعوى الشخصية هى دعوى الوكالة أن المدين ، برضائه بالكفالة رضاء صريحاً أو بسكوته فيكون هذا رضاء ضمنياً ، قد وكل الكفيل فى كفالته وبدفع الدين عنه إذا لم يدفع هو ، فيرجع عليه الكفيل بما يرجع به الوكيل على الموكل . ومعنى أن الأساس القانونى للدعوى الشخصية هى دعوى الفضالة أن الكفيل ، وقد عقد الكفالة دون علم المدين ولكن لصالحه ووفى عنه الدين ، يكون قد تولى عن قصد القيام بشأن عاجل ، وهو الوفاء بالدين بعد استحقاقه ، لحساب المدين دون أن يكون ملزماً بأن يتقدم كفيلا عن المدين لأنه عقد الكفالة دون علم المدين . فيرجع الكفيل على المدين بما يرجع به الفضولى على رب العمل ، ويكون المدين ملزماً بأن يعوض الكفيل عما دفعه هذا للدائن وبأن يرد المصروفات الضرورية والنافعة التى سوغتها الظروف مضافاً إليها فوائدها من يوم دفعها ، وبأن يعوض الكفيل عن الضرر الذى لحقه بسبب قيامه بدفع الدين عن المدين . وتنص المادة ٢٢٠٨ مدنى فرنسى على ما يرجع به الكفيل على المدين ، فإذا هو عين ما يرجع به الوكيل على الموكل ، أو ما يرجع به الفضولى على رب العمل[١] .

أما غالبية الفقهاء المصريين فيذهبون مذهباً آخر ، ويقولون إن الدعوى الشخصية التى يرجع بها الكفيل على المدين إذا عقدت الكفالة بعلم المدين ولكن دون معارضته ، أو عقدت بغير علمه ، ليست هى دعوى الوكالة أو دعوى الفضالة ، بل هى دعوى أخرى متميزة عن كل من الدعويين

---

(١) جيوار فقرة ١١ وفقرة ٣٢ – أوبرى ورو فقرة ٤٢٧ ص ٢٨٩ وهامش ٨ – بودرى وفال فقرة ١٠٧٨ – پلانيول وريبير وساڤاتييه فقرة ١٥٤٠ ص ٩٩١ .

ويسمونها بدعوى الكفالة . فيقول الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقى : «ونحن لا يمكننا التسليم بما ذهبت إليه النظرية التقليدية (نظرية الفقه الفرنسى) ، رغم حجية المؤيدين لها منذ عهد تمتد جذوره عميقاً فى الماضى . ذلك لأنها لم تتفق مع الواقع ولا مع المبادئ القانونية من ناحية ، ولأن تطبيقها المنطقى يؤدى بنا إلى الزلل فى مواضع شتى من ناحية أخرى . فالوكالة ، صريحة كانت أم ضمنية ، عقد يوكل به شخص آخر فى أن يقوم بعمل قانونى لحسابه ، فلا بد من أن تظهر رغبة الموكل والوكيل فى الوكالة . ومن العسير القول بأن المدين ، حينما طلب من الكفيل أن يتقدم لكفالته ، أو حينما علم بكفالته ولم يعارض فيها ، أراد أن يوكله عنه فى الوفاء ، فهذا العقد قلما يرد على خاطره . وخطأ النظرية التقليدية لا يقل وضوحاً بالنسبة للفضالة ، إذ من مستلزماتها أن يكون ما قام به الفضولى لحساب رب العمل أمراً عاجلا ، بل إن صفة الاستعجال هى من أهم دعائم الفضالة وعلة ما يترتب عليها من نيابة قانونية . وليس من اليسير القول بأن قيام الكفيل بالوفاء بالدين عن المدين يعتبر أمراً عاجلا . ونحن إذا سلمنا بقيام الوكالة ، صريحة كانت أم ضمنية ، بين المدين والكفيل ، وجب التسليم بكل ما يترتب على الوكالة من آثار ، والقول بأن للمدين الحق فى أن يعزل الكفيل من الوكالة فى أى وقت يشاء ويمنعه بذلك من رفع الدعوى الشخصية المبنية عليها ، وذلك ما لا يمكن أن يقول به أحد . أما ما يقودنا إليه تطبيق النظرية التقليدية من زلل ، فيمكن إعطاء مثلين عنه : (١) حددت المادة ٨٠٠ موضوع الدعوى الشخصية ولم تذكر من بين ما يشتمل التعويضات التى يطلبها الكفيل عن الضرر الذى قد يصيبه من جراء قيامه بالوفاء ، ويغلب أن يكون هذا السكوت من الشارع مقصوداً . ومع ذلك فلو قلنا بأن الدعوى الشخصية ترجع فى أساسها إلى دعوى الوكالة أو دعوى الفضالة ، لوجب أن نمنح الكفيل الحق فى التعويضات ، إذ هذا الحق ثابت لكل من الوكيل (م ٧١١) والفضولى

(م ١٩٥) . (٢) تسقط دعوى الفضالة بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذى يعلم فيه كل طرف بحقه ، وتسقط كذلك فى جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من اليوم الذى ينشأ فيه هذا الحق (م ١٩٧) . فلو قلنا إن الدعوى الشخصية قد يكون أساسها دعوى الفضالة ، لوجب القول بسقوطها عن الكفيل فى هذه الحالة بمضى ثلاث سنوات من وقت قيامه بالوفاء للدائن ، وهذا ما لا نظن أن المشرع قد قصده . ونحن إذا رفضنا التسليم بالأساس التقليدى للدعوى الشخصية ، نرى إرجاع ذلك الأساس إلى القانون نفسه . فالقانون هو المصدر المباشر لهذه الدعوى ، وهو يمنحها للكفيل لا باعتباره وكيلا أو فضولياً ، ولكن باعتباره كفيلا . وعلى ذلك يجب عدم الرجوع إلى قواعد الوكالة أو الفضالة فى كل ما يتعلق بدعوى الكفيل على المدين »[1] .

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ١٠٢ – وانظر أيضاً الأستاذ سليمان مرقس وهو يقول « غير أن هذا التكييف (تكييف الفقه الفرنسى) فى نظرنا لا يقصد به تأسيس دعوى الكفيل الشخصية بقدر مايقصد به تحديد مداها وبيان آثارها . ذلك أنه لا يستقيم مع المبادئ العامة القول بأن بين المدين والكفيل وكالة صريحة أو ضمنية . فإذا كان المقصود بتلك الوكالة فى الكفالة فكيف يستقيم أن يوكل المدين الكفيل فى أن يكفله مع أنه هو لا يستطيع أن يكفل نفسه ! وإذا كان المقصود به الوكالة فى الوفاء فإن ذلك يقتضى جواز عزل الوكيل أو نزوله عن الوكالة ، مع أنه مما لا شك فيه أنه متى تمت الكفالة لا يستطيع المدين أن يقيل الكفيل من التزامه ولا الكفيل أن ينتحى أو أن يمتنع عن الوفاء . وكذلك لا يستقيم مع المبادئ العامة القول بأن علاقة الكفيل بالمدين علاقة فضالة لأن الفضالة تقتضى أن يقوم الفضولى بعمل لغيره دون أن يكون ملزما بذلك ولا أن يكون هذا العمل عاجلا بحيث لا يحتمل التأخير وانتظار قيام رب العمل به ، ولأن وفاء الكفيل دين الدائن يكون بناء على التزامه بذلك فلا يعتبر فضالة ، ولأن قيامه بعد الكفالة يندر أن تتوافر فيه ظروف الضرورة والاستعجال التى تسبغ عليه صفة الفضالة ، بل إن الفضالة غير متصورة فى عمل لا يتصور صدوره من رب العمل ذاته فى حق نفسه . . . وقد كنا فى ظل التقنين الملغى فى حاجة إلى إلباس دعوى الكفيل ثوب الوكالة أو الفضالة توصلا لمنح الكفيل هذه المزية (الحق فى فوائد ما دفع) لأن المادة ٥٠٠ / ٦١٧ مدنى قديم لم تكن تنص عليها ، بل اكتفت بالنص على أنه « إذا دفع الكفيل الدين عند حلول الأجل ، فله الرجوع على المدين بجميع ما أداه . أما القانون فقد نص فى المادة ٨٠٠ منه على مدى رجوع –

ونحن لا نرى أهمية عملية كبيرة فى القول بأن الدعوى الشخصية التى يرجع بها الكفيل على المدين هى دعوى خاصة نص عليها القانون ، وليست بدعوى الفضالة . ولا يظهر من الأعمال التحضيرية أن المشرع قصد أن يخالف نظرية الفقه الفرنسى فى هذا الصدد ، بل يبدو أنه أراد أن يسلم بها بنقله نص المادة ٨٠٠ مدنى عن المشروع الفرنسى الإيطالى ، وأراد استبقاء العمل على ما كان عليه فى التقنين المدنى السابق . وإنما آثر أن يبين ما يرجع به الكفيل فى الدعوى الشخصية ، لا أن يغير الأساس الذى تقوم عليه هذه الدعوى . فقد ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « نقل المشروع المادة ١١٥٣ مكررة عن المادة ٧٢٩ من المشروع الفرنسى الإيطالى ، وهى تعرض للدعوى الشخصية التى للكفيل قبل المدين . وقد آثر المشروع أن يبين ما يرجع به الكفيل فى الدعوى الشخصية ، فهو يرجع بأصل الدين وبالفوائد والمصروفات والتعويضات . وهذه الأحكام معمول بها فى ظل التقنين الحالى (السابق) رغم عدم النص عليها »[1] . قلنا إنه

= الكفيل على المدين ويبين جميع عناصره وشروطها بحيث أصبح الكفيل فى غنى عن استعارة قواعد الوكالة أو الفضالة ، وأصبح يتعين بعد ذلك القول بأن الدعوى الشخصية التى يرجع بها الكفيل على المدين وفقاً للمادة ٨٠٠ المذكورة هى دعوى الكفالة كما أن الدعوى الشخصية التى يرجع بها الوكيل على الموكل هى دعوى الوكالة ، وأن أساس هذه الدعوى نص القانون المبنى على افتراض حصول الكفالة لمصلحة المدين . فإذا ثبت حصولها لمصلحة الدائن أو بالرغم من اعتراض المدين ، امتنع استعمال هذه الدعوى ولم يبق للكفيل إلا الرجوع بالدعوى الشخصية المستندة إلى القواعد العامة فوق حقه فى الحلول محل الدائن » (سليمان مرقس فقرة ١١٦) — وانظر أيضاً محمد على إمام ص ١٣٥ — منصور مصطفى منصور فقرة ٤٩ .

على أن من الفقهاء المصريين من يتمشى مع الفقه الفرنسى ، فيقول الأستاذ محمد كامل مرسى : « فإذا كانت الكفالة بعلم المدين ، فيكون مبنى الرجوع الوكالة الصريحة أو الضمنية ، ويكون طلب الكفيل مبنيا على دعوى الوكالة **(actis mandati contraria)** . أما إذا حصلت الكفالة بغير علم المدين ، فيعتبر الكفيل أنه فضولى وتكون دعواه دعوى الفضولى **(actio negotiorum gestrum contraria)** » (محمد كامل مرسى فقرة ١٠٤ ص ١٤٠) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٥٤٧ .

لا توجد أهمية عملية كبيرة فى تسمية الدعوى الشخصية بدعوى الكفالة ، ذلك لأنها حتى لو سميت بهذا الاسم فلا تختلف النتائج العملية لذلك ، بل إن المقدار الذى يرجع به الكفيل على المدين هو نفس المقدار الذى يرجع به فيما لو سمينا الدعوى بدعوى الوكالة أو بدعوى الفضالة . بقى ما يسوقه أصحاب نظرية دعوى الكفالة من حجج ، لتميز هذه الدعوى عن دعوى الوكالة أو دعوى الفضالة . فهم يقولون إن المدين لم يقصد أن يوكل الكفيل فى الوفاء بالدين ، وإن الكفيل بغير علم المدين ليس فضولياً لأنه لا يقوم بشأن عاجل ، وإنه لو سلمنا بأن الدعوى الشخصية هى دعوى الوكالة لجاز للمدين أن يعزل الكفيل عن هذه الوكالة فى أى وقت يشاء ، ولو قلنا بأنها دعوى الفضالة لتقادمت بثلاث سنوات ، ولو سلمنا بأنها دعوى الوكالة أو دعوى الفضالة لكان للكفيل باعتباره وكيلا أو فضولياً الحق فى التعويض عن الضرر الذى الذى قد يصيبه من جراء وفائه بالدين عن المدين . ويمكن الرد على هذه الحجج بأنه لا يوجد ما يمنع من القول بأن المدين قصد عند ما رضى بالكفالة أن يوكل الكفيل فى وفاء الدين ، ولا يستطيع عزله فى أى وقت يشاء كما لا يستطيع الكفيل النزول عن الوكالة لأن الوكالة هنا ليست لصالح المدين وحده بل هى أيضاً لصالح الغير وهو الدائن فلا بد من رضاء هذا الأخير حتى يعزل الوكيل أو ينزل عن الوكالة (م ٢/٧١٥ و م ٢/٧١٦ مدنى) . وإذا قام الكفيل بالكفالة بغير علم المدين ووفى الدين فعلا ، فما الذى يمنع من القول بأنه قام بشأن عاجل لمصلحة المدين ، وهل لا يكون الوفاء بالدين وقد استحق فى ذمة المدين شأناً عاجلا يقوم به الكفيل ؟ وما الذى يمنع من أن تتقادم الدعوى الشخصية بثلاث سنوات ، لو كان أساسها دعوى الفضالة ؟ ثم لماذا لا يرجع الكفيل على المدين بالتعويض عن الضرر الذى قد يصيبه من جراء الوفاء بالدين عن المدين ، وسنرى أن المشروع التمهيدى كان يتضمن نصاً صريحاً فى هذا المعنى ، ولم يحذف هذا النص إلا لأنه مجرد تطبيق للقواعد العامة ؟

ومهما يكن من أمر ، فليست هناك أهمية عملية كبيرة ، كما قدمنا ، من القول بالنظرية الحديدة وهى نظرية دعوى الكفالة دون القول بالنظرية التقليدية وهى نظرية دعوى الوكالة أو دعوى الفضالة ، فالحلول العملية واحدة فى كل من النظرية الجديدة والنظرية التقليدية .

٦٢ — الشروط الواجب توافرها لرجوع الكفيل على المدين بالدعوى الشخصية : هناك شروط ثلاثة لا بد من توافرها حتى يرجع الكفيل على المدين بالدعوى الشخصية ، وهى :

(١) قيام الكفيل بوفاء الدين عن المدين : يجب على الكفيل ، حتى يرجع على المدين بالدعوى الشخصية ، أن يكون قد قام بوفاء الدين عن المدين . وقد رأينا المادة ٨٠٠ مدنى تقول : « للكفيل الذى وفى الدين أن يرجع على المدين ... » . والكفيل لا يقوم بوفاء الدين عن المدين إلا إذا كان متضامناً معه وهذا هو الغالب ، أو إلا إذا لم يدفع بالتجريد أو فشل فى هذا الدفع . وعند ذلك يضطر إلى الوفاء بالدين للدائن ، على أن يرجع على المدين . وليس من الضرورى أن يفى الكفيل بالدين ، بل يكفى أن يقضى الدين بسبب من أسباب الانقضاء[1] . فله أن يفى الدين بمقابل فتبرأ ذمة المدين منه ، فيرجع الكفيل عند ذلك على المدين ، وإذا وفى الكفيل الدين بمقابل ، واستحق هذا المقابل ، لم يكن فى هذا الوفاء قضاء للدين يسوغ رجوع الكفيل على المدين[2] ، بل يكون الكفيل ملتزماً بضمان الاستحقاق نحو الدائن . وهذا بخلاف ما إذا وفى المدين نفسه الدين بمقابل واستحق هذا المقابل ، فسنرى عند الكلام فى انقضاء الكفالة أنه إذا قبل الدائن أن يستوفى

---

(١) بلانيول وريبير وساواتييه فقرة ١٥٤٠ ص ٩٩٢ — نقض مدنى ٢٨ يونيه سنة ١٨٧٦ سيريه ٧٦ — ١ — ٤٤٨ .

(٢) جيوار فقرة ١٨١ — بودرى وڤال فقرة ١٠٩٠ ص ٥٧٥ — محمد كامل مرسى فقرة ١٠٧ ص ١٤٨ — عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ١٠٤ ص ١٦٣ .

من المدين فى مقابل الدين شيئاً آخر ، برئت ذمة الكفيل ولو استحق هذا الشيء (م ٧٨٣ مدنى) . كذلك قد يقضى الكفيل الدين بطريق التجديد كما فى التجديد بطريق تغيير المدين ، فينقضى التزام الكفيل بتجديد الدين وينقضى تبعاً له الدين الأصلى ، وعند ذلك يحق للكفيل أن يرجع على المدين بالدعوى الشخصية . وكالتجديد الإنابة الكاملة . وقد يقضى الكفيل الدين بطريق المقاصة ، أى أن يكون له دين فى ذمة الدائن ينقضى مقاصة فى الدين الذى التزم بدفعه الكفيل . وعند ذلك يرجع الكفيل على المدين بالدعوى الشخصية[1] . كذلك قد يقضى الكفيل الدين باتحاد الذمة ، كأن يرث الدائن فيصبح هو الدائن فينقضى الدين ، وعند ذلك يرجع الكفيل على المدين بالدعوى الشخصية . أما إذا أبرأ الدائن الكفيل من الكفالة أو تقادم دين الكفيل ، فإن الكفيل لا يكون قد وفى الدين أو قام بعمل يقوم مقام الوفاء ، وعلى ذلك لا يستطيع الرجوع على المدين[2] .

(٢) وفاء الكفيل بالدين عند حلول أجله : ويجب أن يكون وفاء الكفيل بالدين فى الوقت الذى يحل فيه أجله . فإذا تعجل الكفيل الوفاء بالدين قبل حلول الأجل ، لم يكن له أن يرجع على المدين بالدعوى الشخصية

---

(١) ترولون فقرة ٣٣٣ – پون ٢ فقرة ٢٣١ – لوران ٢٨ فقرة ٢٣٨ – جيوار فقرة ١٦٨ – بودرى وڤال فقرة ١٠٨٧ .

(٢) وإذا رضى الدائن بوفاء جزئى من الكفيل لإبراء ذمته ، لم يرجع الكفيل على المدين إلا بقدر ما دفعه للدائن (پلانيول وريپير وساڤاتييه فقرة ١٥٤٠ ص ٩٩٢ هامش ٥) . أما إذا أبرأ الدائن الكفيل ، لا من الكفالة ، بل من الدين نفسه ، فإنه يكون فى حكم من وهب الدين للكفيل ويعتبر الكفيل أنه قد قضى الدين ، وعلى ذلك يجوز له الرجوع على المدين بالدعوى الشخصية (پون ٢ فقرة ٢٣٢ – جيوار فقرة ١٦٨ – بودرى وڤال فقرة ١٠٩١ – محمد كامل مرسى فقرة ١٠٧ ص ١٤٨) .

وإذا اتفق أحد الكفلاء مع المدين على عدم رجوع الأول على الثانى أو على الانتقاص من هذا الرجوع ، فإن هذا الاتفاق لا يسرى فى حق الكفلاء الآخرين لأنهم لم يكونوا طرفاً فيه ، بل يجوز لهم أن يرجعوا رجوعاً كاملا على المدين إذا هم وفوا الدين للدائن (بودرى وڤال فقرة ١٠٩١ مكررة – محمد كامل مرسى فقرة ١٠٧ ص ١٤٨) .

إلا عند حلول الأجل[1] . أو لم يرجع عليه أصلا إذا جد ما بين وفاء الكفيل بالدين وحلول الأجل سبب لانقضاء دين المدين[2] . والعبرة بالأجل الأصلى للدين ، فإذا امتد هذا الأجل باتفاق بين الدائن والمدين أو بمنح المحكمة المدين نظرة الميسرة ، لم يعتد بامتداد الأجل الأصلى . وكان للكفيل أن يفى الدين عن المدين عند حلول الأجل الأصلى[3] ، ثم يرجع على المدين بالدعوى الشخصية حتى قبل انقضاء ما امتد إليه الأجل[4] .

(٣) إخطار الكفيل المدين قبل الوفاء وعدم معارضة المدين : رأينا[5] أن المادة ١/٧٩٨ مدنى توجب « على الكفيل أن يخطر المدين قبل أن يقوم بوفاء الدين ، وإلا سقط حقه فى الرجوع على المدين إذا كان هذا قد وفى الدين أو كانت عنده وقت الاستحقاق أسباب تقضى ببطلان الدين أو بانقضائه » . فيجب إذن على الكفيل أن يخطر المدين قبل أن يقوم بوفاء الدين ، وذلك سواء أراد الكفيل أن يقوم بوفاء الدين من تلقاء نفسه أو طالبه الدائن بالدين مطالبة قضائية . فى الحالتين يجب إخطار المدين قبل الوفاء ، وذلك خشية أن يكون المدين قد وفى الدين قبل أن يوفيه الكفيل فينقضى ويكون وفاء الكفيل للدين بعد ذلك غير ذى فائدة ، أو خشية أن الكفيل بعد أن يفى بالدين دون إخطار المدين بذلك يأتى المدين دون علم منه بوفاء الكفيل يفى بالدين مرة أخرى ، أو خشية أن يكون للمدين وقت

---

(١) وتنص المادة ١٠٨١ من قانون الموجبات والعقود اللبنانى على ما يأتى : « وليس للكفيل الذى دفع قبل الاستحقاق أن يرجع على المديون إلا فى موعد استحقاق الموجب الأصلى » .

(٢) بون ٢ فقرة ٣٠١ — لوران ٢٨ فقرة ٢٦٠ — بودرى وفال فقرة ١٠٩٢ — محمد كامل مرسى فقرة ١٠٣ ص ١٣٩ هامش ١ .

(٣) جيوار فقرة ٢٥٢ — بودرى وفال فقرة ١٠٩٣ .

(٤) أما إذا نزل المدين عن الأجل الأصلى ، فإنه يجوز للكفيل التمسك بهذا النزول ، وله إذا وفى الدين فورا أن يرجع على المدين بالدعوى الشخصية (عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ١٠٧ ص ١٦٩ — سليمان مرقس فقرة ١٠٩ — منصور مصطفى منصور فقرة ٥١ ص ١٠١) .

(٥) انظر آنفاً فقرة ٥٩ .

استحقاق الدين أسباب تبطل الدين أو نقضيه من غير الوفاء به . وإخطار الكفيل المدين قبل الوفاء بالدين ليس له شكل خاص ، فيصح أن يكون رسمياً على يد محضر ، ويصبح أن يكون بكتاب مسجل أو غير مسجل ، ويصح أن يكون شفوياً على أن يثبت الكفيل أنه قد قام بهذا الإخطار[١] . فإذا لم يخطر الكفيل المدين قبل الوفاء وقام بوفاء الدين دون إخطار ، فعل ذلك على مسئوليته . ومعنى هذا أن الكفيل لا يفقد حقه فى الرجوع على المدين بالدعوى الشخصية ، إلا إذا أثبت المدين أنه كان قد وفى الدين قبل وفاء الكفيل به ، أو أثبت أنه وفى الدين بعد وفاء الكفيل[٢] ، أو أثبت أن الدين كان باطلا أو قابلا للإبطال وكان المدين يستطيع أن يتمسك بذلك ضد الدائن ، أو أثبت أن الدين قد انقضى بسبب يرجع إليه هو (أى للمدين) كمقاصة أو تجديد أو اتحاد ذمة أو إبراء أو تقادم[٣] . أما إذا كان سبب البطلان أو الانقضاء مقصوراً على التزام الكفيل كأن كانت هناك أسباب تجعل التزام الكفيل باطلا أو قابلا للإبطال أو منقضياً دون أن ينقضى الالتزام الأصلى ، ولم يتمسك الكفيل بهذه الأسباب ووفى الدين ، فإن المدين لا شأن له بذلك ، ويبقى للكفيل بعد وفاء الدين الرجوع بالدعوى الشخصية

---

(١) وقد تساءل أحد الأعضاء فى لجنة الأستاذ كامل صدقى « عما إذا كان هناك محل للنص على الطريقة التى يتم بها الإخطار » . فرد عضو آخر « بأنه لما كان تطبيق المادة ٦١٩ من التقنين المدنى المختلط لم يثر أية صعوبة فى العمل ، فليس هناك محل لإيراد نص خاص لبيان طريقة الإخطار ، إذ المفروض أنه سيتم ويثبت طبقا للنظام الذى جرى عليه القضاء . فعقب الرئيس على ذلك بأنه يمكن اعتبار الخطابات وسيلة من وسائل الإخطار » فوافقت اللجنة على ذلك (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٥٣٩ فى الهامش) .

(٢) ترولون فقرة ٣٨٢ – جيوار فقرة ١٧٨ – بودرى وقال فقرة ١٠٨٩ ص ٥٧٤ – بلانيول وريبير وساقاتييه فقرة ١٥٤٢ .

(٣) وفيما يتعلق بتقادم الدين الأصلى إذا علم به الكفيل ، لا يجبر هذا الأخير على التمسك به شخصيا لأنه أمر يتعلق بالضمير ، وإنما يجب على الكفيل أن يدخل المدين فى الدعوى ليتمسك هو بالتقادم إذا أراد (بودرى وقال فقرة ١٠٩٠ ص ٥٧٥ – محمد كامل مرسى فقرة ١٠٧ ص ١٤٧) .

على المدين(١) . وقد يفى الكفيل الدين دون أخطار المدين قبل الوفاء ، فلا يستطيع المدين أن يثبت أنه قد وفى الدين قبل أو بعد وفاء الكفيل ، ولا يستطيع كذلك أن يثبت أن عنده أسباباً تقضى ببطلان الدين أو بانقضائه ، ولا أن يثبت أنه قد وفى ببعض الدين أو أن الدين فى جزء منه باطل أو قابل للإبطال أو منقض ، فعند ذلك يستطيع الكفيل أن يرجع على المدين بالرغم من عدم إخطاره بالوفاء وبالقدر الذى استفاد به المدين من هذا الوفاء . فقد لا يرجع عليه أصلا ، أو يرجع عليه بجزء من الدين وهو الجزء الذى كان الوفاء به مفيداً للمدين(٢) . ونرى من ذلك أن جزاء عدم الإخطار ليس هو انعدام رجوع الكفيل على المدين بالدعوى الشخصية ، فقد لا ينعدم هذا الرجوع . وإنما يكون الكفيل ، إذا لم يخطر المدين ، مجازفاً بوفاء الدين ، بحيث إذا أثبت المدين أن هذا الوفاء لم يفده أصلا لم يرجع عليه الكفيل بشىء ، أو أثبت أن هذا الوفاء قد أفاده جزئياً رجع عليه الكفيل بقدر ما أفاد . فإذا كان وفاء الكفيل للدين دون إخطار المدين قد أفاد المدين فائدة كاملة ، كان للكفيل أن يرجع على المدين بالدعوى الشخصية كما كان يفعل لو أنه أخطر المدين .

أما إذا أخطر الكفيل المدين قبل الوفاء ، فإنه يتعين على المدين إذا كان

---

(١) جيوار فقرة ١٨٠ – بودرى وفال فقرة ١٠٩٠ – محمد كامل مرسى فقرة ١٠٧ ص ١٤٧ – عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ١٠٤ ص ١٦٤ .

(٢) فإذا لم يستطع الكفيل الرجوع أصلا على المدين ، أو لم يستطع إلا الرجوع عليه رجوعاً جزئياً ، رجع على الدائن نفسه وذلك بدعوى استرداد ما دفع دون حق . انظر المادة ٢٠٣١ مدنى فرنسى حيث ورد فى آخر كل من فقرتيها عبارة (sauf son action en répétition contre le créancier) وانظر بلانيول وريبير وساڤاتييه فقرة ١٥٤٢ – ولا يرجع الكفيل على الدائن ، إذا هو دفع من طواعيه وهو عالم بأن الدين قد تقادم (أوبرى ورو ٦ فقرة ٤٢٧ ص ٢٩١ هامش ١٨) . وانظر عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ١٠٤ ص ١٦٤ .

قد وفى الدين أو كانت لديه أسباب تقضى ببطلانه أو بانقضائه أن يعارض فى الوقت المناسب فى أن يفى الكفيل بالدين . ولا يوجد شكل خاص لهذه المعارضة كما لا يوجد شكل خاص لإخطار الكفيل المدين قبل الوفاء ، فتصح أن تكون هذه المعارضة بورقة رسمية على يد محضر ، ويصح أن تكون بكتاب مسجل أو غير مسجل ، ويصح أن تكون شفوية على أن يقع عبء الإثبات على المدين . فإذا تمت المعارضة وجب على الكفيل أن يمتنع عن الوفاء ، وأن يدخل المدين فى الدعوى إذا طالبه الدائن قضائياً حتى يتولى للمدين دفع مطالبة الدائن[1] . أما إذا لم يعارض المدين فى الوفاء ، فإن الكفيل يكون فى حل من وفاء الدين للدائن ، إذ أن عدم معارضة المدين فى الوفاء يجعل الكفيل يعتقد أن المدين لم يف بالدين وأنه ليس لديه أسباب تقضى ببطلان الدين أو بانقضائه . فإذا وفى الكفيل الدين كان له أن يرجع بالدعوى الشخصية على المدين ، حتى لو ظهر بعد ذلك أن المدين قد وفى الدين أو كان لديه أسباب تقضى ببطلانه أو بانقضائه . وقد نصت المادة ٢/٧٩٨ مدنى على هذا الحكم ، إذ تقول : « فإذا لم يعارض المدين فى الوفاء ، بقى للكفيل حقه فى الرجوع عليه ولو كان المدين قد دفع الدين أو كانت لديه أسباب تقضى ببطلانه أو بانقضائه » .

٦٣ — ما الذى يرجع به الكفيل على المدين فى الدعوى الشخصية إذا وفى الكفيل الدين كاملا : رأينا[2] أن المادة ٢/٨٠٠ مدنى تنص على

---

(١) وللكفيل أن يفى الدين للدائن بالرغم من معارضة المدين ، إذا كان الكفيل مقتنعا بعدم صحة المعارضة . ولكن الكفيل يفى بالدين فى هذه الحالة على مسئوليته الشخصية ، فإذا ظهر أن المدين على حق فى معارضته لم يكن للكفيل الرجوع عليه ، ولكن يرجع على الدائن لاسترداد ما دفع دون حق (سليمان مرقس فقرة ١٠٨ ص ١٢٣ — منصور مصطفى منصور فقرة ٥١ ص ١٠٠) .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٥٩ .

أن الكفيل الذى وفى الدين « يرجع بأصل الدين وبالفوائد والمصروفات ، على أنه فى المصروفات لا يرجع إلا بالذى دفعه من وقت إخباره المدين الأصلى بالإجراءات التى اتخذت ضده » . وتقضى المادة ٣/٨٠٠ مدنى على أنه « يكون للكفيل الحق فى الفوائد القانونية عن كل ما قام بدفعه ابتداء من يوم الدفع » . ويخلص من هذه النصوص أن الكفيل يرجع على المدين فى الدعوى الشخصية بما يأتى :

(أولا) أصل الدين : ويتضمن أصل الدين كل ما دفعه الكفيل للدائن لإخلاء ذمة المدين ، فيشمل ذلك مقدار الدين فى أصله[١] ، وكذلك فوائد هذا الدين لو كان الدين ينتج فوائد اتفاقية أو قانونية ما دامت هذه الفوائد تدخل ضمن الدين المكفول[٢] . ويشمل أصل الدين كذلك ما يضطر الكفيل إلى دفعه للدائن فى نظير المصروفات التى تكبدها هذا الأخير فى مواجهة المدين ، كما يشمل بوجه عام كل ما وجب على الكفيل دفعه لإخلاء ذمة المدين[٣] .

(ثانياً) الفوائد : وتقول الفقرة الثانية من المادة ٨٠٠ مدنى فى هذا الصدد كما رأينا : « يكون للكفيل الحق فى الفوائد القانونية عن كل ما قام

---

(١) وقد لا يرجع الكفيل على المدين بكل الذى دفعه عنه إذا كان المدين مفلساً وحصل على صلح مع الدائنين بموجبه دفع جزءاً من الدين ، فادام الدائن قد تقدم فى التفليسة وحصل على جزء من الدين بموجب الصلح فإنه يرجع على الكفيل بالباقى من الدين ، ولا يرجع الكفيل على المدين بما دفعه منه وإلا ضاع على المدين فائدة الصلح الذى أبرمه مع الدائن (أوبرى ورو ٦ فقرة ٤٢٧ ص ٢٩١ وهامش ١٨ (٢) - بودرى وڤال فقرة ١٠٨٥ - پلانيول وريبير وساڤاتييه فقرة ١٥٤٠ ص ٩٩٢ وهامش ٨) .

(٢) وقد كان المشروع التمهيدى للمادة ٨٠٠ مدنى يتضمن نصا يجعل للكفيل ، إذا كان للدين فوائد ، الحق فى استيفائها من يوم وفائه بها للدائن ، ولكن هذا النص حذف اكتفاء بالقواعد العامة (انظر آنفاً فقرة ٥٩ فى الهامش) .

(٣) جيوار فقرة ١٧١ - أوبرى ورو ٦ فقرة ٤٢٧ ص ٢٨٩ - بودرى وڤال فقرة ١٠٧٩ - پلانيول وريبير وساڤاتييه فقرة ١٥٤٠ ص ٩٩٢ .

بدفعه ابتداء من يوم الدفع » . فكل ما قام بدفعه للدائن على النحو السابق بيانه ينتج فوائد بالسعر القانونى من يوم دفع الكفيل الدين للدائن ، وهذه الفوائد القانونية يرجع بها الكفيل على المدين بالإضافة إلى الدين . وليس فى هذا إلا تطبيق لقواعد الوكالة إذا رجع الكفيل على المدين بدعوى الوكالة (م ٧١٠ مدنى) ، ولقواعد الفضالة إذا رجع الكفيل على المدين بدعوى الفضالة (م ١٩٥ مدنى) . أما القواعد العامة فكانت تقضى بأن الفوائد القانونية لا تستحق إلا من وقت المطالبة القضائية بها (م ٢٢٦ مدنى) . فخرج القانون على هذه القواعد العامة فى دعوى الوكالة وفى دعوى الفضالة ، ومن ثم اقتضى الأمر الخروج أيضاً على هذه القواعد العامة فى الدعوى الشخصية التى يرجع بها الكفيل على المدين كما رأينا فى المادة ٣/٨٠٠ مدنى . ويلاحظ أن القواعد القانونية التى يرجع بها الكفيل على المدين يكون بعضها فوائد على فوائد أصل الدين التى يرجع بها الكفيل على المدين فيما قدمنا : ولا يعتبر ذلك فوائد مركبة ، لأن فوائد أصل الدين تدخل ضمن أصل الدين فيما يتعلق بالكفيل . ويلاحظ أيضاً أن الفوائد القانونية التى يرجع بها الكفيل على المدين كما تقضى المادة ٣/٨٠٠ مدنى لا تتقادم إلا بخمس عشرة سنة فى دعوى الوكالة ، وتتقادم بثلاث سنوات فى دعوى الفضالة ، أما القاعدة العامة فتقضى بتقادم الفوائد بخمس سنوات . هذا والرجوع بالفوائد القانونية على المدين ميزة للدعوى الشخصية على دعوى الحلول ، وسنرى أن الكفيل فى دعوى الحلول لا يرجع على المدين إلا بفوائد أصل الدين كما كان الدائن يفعل ، فلا يرجع إذن بالفوائد القانونية على ما دفع للدائن إلا من وقت المطالبة القضائية بها[1] .

---

(١) ترولون فقرة ٣٤٦ وفقرة ٣٥١ – بون ٢ فقرة ٢٣٧ وفقرة ٢٦٠ – لوران ٢٨ فقرة ٢٣٣ – جيوار فقرة ١٧١ – ١٧٣ وفقرة ١٧٦ – أوبرى ورو ٦ فقرة ٤٢٧ ص ٢٨٩ – ص ٢٩٠ – بودرى وفالفقرة ١٠٨٠ – فقرة ١٠٩٠ مكررة – بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٤٠ ص ٩٩٢–محمد كامل مرسى فقرة ١٠٥ ص ١٤٢ – .

(ثالثاً) المصروفات : وتتضمن كل ما أنفقه الكفيل فى سبيل الوفاء بالتزامه وكل ما حكم عليه من المصروفات للدائن . والمصروفات التى أنفقها الكفيل فى سبيل الوفاء بالتزامه تشمل ما أنفقه فى إرشاد الدائن إلى أموال المدين لتجريدها ، ومصروفات العرض الحقيقى والإيداع فيما إذا اضطر الكفيل إلى ذلك . والمصروفات التى حكم عليه بها للدائن تشمل ما أنفقه الدائن فى مطالبة الكفيل بالوفاء، كمصروفات رفع الدعوى على الكفيل ، ومصروفات التنبيه عليه بالوفاء ، ومصروفات المطالبة الأولى التى قام بها الدائن للمدين ثم مصروفات مطالبة الدائن للمدين بعد إخطار الكفيل ، وكل مصروفات أخرى تقتضيها مطالبة الدائن للكفيل بوفاء التزامه . على أن الكفيل لا يرجع على المدين ، من هذه المصروفات ، إلا بالذى أنفقه من وقت إخباره بالإجراءات التى اتخذها الدائن ضده ، لأن المدين إذا أخبره الكفيل بذلك قد يكون عنده من الدفوع ما يتوقى به مطالبة الدائن أو قد يبادر إلى دفع الدين الذى فى ذمته للدائن فيتجنب الكفيل بذلك الإجراءات التى اتخذها الدائن ضده . ونستثنى مصروفات المطالبة الأولى التى يقوم بها الدائن للكفيل من هذا الشرط[1] ، كمصروفات رفع الدائن الدعوى على الكفيل ، فهذه لا يعلم بها الكفيل قبل حصولها حتى يخبر بها المدين ، فمتى حكم بها على الكفيل رجع بها على المدين وإن كان لم يخطره بها [2].

ص ١٤٣ – عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ١٠٥ ص ١٦٦ – ص ١٦٧ – سليمان مرقس فقرة ١١٢ – منصور مصطفى منصور فقرة ٥٢ ص ١٠٢ .

(١) جيوار فقرة ١٧٤ – أوبرى ورو ٦ فقرة ٤٢٧ ص ٢٨٩ هامش ١٠ – بودرى وقال فقرة ١٠٨١ – پلانيول وريبير وساڤاتيه فقرة ١٥٤٠ ص ٩٩٢ – عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ١٠٥ ص ١٦٦ – محمد على إمام فقرة ٧٩ ص ١٤١ – سليمان مرقس فقرة ١١٣ – منصور مصطفى منصور فقرة ٥٢ ص ١٠١ – ص ١٠٢ .

(٢) ويشبه ذلك ما نصت عليه المادة ٧٨١ مدنى من أنه « إذا لم يكن هناك اتفاق خاص ، فإن الكفالة تشمل ملحقات الدين ومصروفات المطالبة الأولى وما يستجد من المصروفات بعد إخطار الكفيل » . فى هذا النص يقصد بمصروفات « المطالبة الأولى » المصروفات التى =

(رابعاً) التعويض : وكان المشروع التمهيدى للمادة ٨٠٠ مدنى يتضمن فقرة تقضى بأن « للكفيل فوق ذلك أن يرجع بالتعويض »[1] ، ولكن هذه الفقرة حذفت فى لجنة المراجعة اكتفاء بتطبيق القواعد العامة[2] . والقواعد العامة تقضى ، فى رجوع الكفيل على المدين ، بتعويضه عن الضرر الذى يكون قد أصابه . وقد طبقت هذه القواعد العامة فى رجوع الوكيل على الموكل ، وفى رجوع الفضولى على رب العمل . فنصت المادة ٧١١ مدنى على أن « يكون الموكل مسئولا عما أصاب الوكيل من ضرر دون خطأ منه ، بسبب تنفيذ الوكالة تنفيذاً معتاداً » ، ونصت المادة ١٩٥ مدنى على التزامات رب العمل نحو الفضولى ومنها « أن يعوضه عن الضرر الذى لحقه بسبب قيامه بالعمل » . وعلى ذلك يجوز للكفيل أن يرجع على المدين ، سواء كان ذلك بدعوى الوكالة أو بدعوى الفضالة ، بالتعويض عن الضرر الذى يكون قد أصابه دون خطأ منه ، وذلك سواء كان المدين سيئ النية أو حسن النية[3] . والتقنين المدنى الفرنسى (م ٢٠٢٨) ينص صراحة على رجوع

= أنفقها الدائن فى مطالبة المدين أولا ، أما المصروفات الأولى فى معنى المادة ٢/٨٠٠ مدنى فيقصد بها المصروفات التى أنفقها الدائن فى مطالبة الكفيل (انظر آنفاً فقرة ٢٦) . ولكن الحكمة واحدة فى الحالتين ، فالمصروفات الأولى فى مطالبة الدائن للمدين يضمنها الكفيل على كل حال دون حاجة لإخطاره بها ، وكذلك المصروفات الأولى فى مطالبة الدائن الكفيل يرجع بها الكفيل على المدين دون حاجة لإخطار المدين بها .

(١) وقد جرت مناقشة فى هذا الشأن فى لجنة الأستاذ كامل صدقى ، فقال الرئيس إنه لما كان المبدأ هو حماية الكفيل فإنه لا يرى مبرراً لعدم وضع نص صريح يمنحه الحق فى المطالبة بتعويضات . وطلب أحد الأعضاء ضرب مثل الضرر الذى يصيب الكفيل ، فقيل بحالة المدين الذى لم يوف دينه وترتب على ذلك اتخاذ إجراءات التنفيذ على الكفيل وبيعها بنصف ثمنها الحقيقى ، فى هذه الحالة قد نال الكفيل من التنفيذ عليه ضرر رجوعه بالتعويض على المدين (انظر مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٥٤١ – ص ٥٤٢ فى الهامش) .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٥٩ فى الهامش .

(٣) وقد تقدم أن الكفيل يرجع على المدين بالفوائد القانونية ، وهذه تعتبر تعويضاً عن التأخر . ولكن يجوز فوق ذلك رجوع الكفيل على المدين بتعويض ، لا فحسب طبقاً للمادة ٢٣١ مدنى التى تشترط سوء نية المدين وتنص على أنه « يجوز للدائن أن يطالب بتعويض تكميلى =

الكفيل بالتعويض على المدين ، وتشير إلى ذلك المادة ١٠٥٣ من هذا التقنين في آخر الفقرة الأولى منها . وهذا غير الرجوع بتعويض تكميلي عن الضرر الذي تسبب فيه المدين بسوء نية ، فإن هذا التعويض التكميلي قد نص عليه في الفقرة الأخيرة من المادة ١٠٥٣ وهذه الفقرة هي غير الفقرة الأولى التي تشير إلى تعويض الكفيل ، مما يدل على أنه لا يشترط في تعويض الكفيل سوء نية المدين[١] . وقد أجمع الفقه المصري على جواز رجوع الكفيل بتعويض على المدين ، وإن كان بعض الفقهاء يشترط سوء نية المدين[٢] .

— يضاف إلى الفوائد إذا أثبت أن الضرر الذي يجاوز الفوائد قد تسبب فيه المدين بسوء نية » ، بل أيضاً طبقاً لقواعد الوكالة ولقواعد الفضالة التي سبق ذكرها والتي لا تشترط سوء نية المدين ، ويكفي أن يكون مقدار الضرر الذي أصاب الكفيل يزيد على الفوائد القانونية فيرجع الكفيل على المدين أيضاً بما زاد . قارن عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٠٦ ص ١٨٠ — سليمان مرقس فقرة ١١٤ ص ١٢٧ — محمد علي إمام فقرة ٧٩ ص ١٤٢ — منصور مصطفى منصور فقرة ٥٢ ص ١٠٣ .

(١) بون ٢ فقرة ٢٤٢ — لوران ٢٨ فقرة ٢٣٥ — جيوار فقرة ١٧٥ — أوبري ورو ٦ فقرة ٤٢٧ ص ٢٩٠ وهامش ١٣ — بودري وقال فقرة ١٠٨٢ — بلانيول وريبير وساقاتييه فقرة ١٥٤٠ ص ٩٩٢ .

(٢) وقد تقدم أن من الفقهاء المصريين الذين يشترطون لرجوع الكفيل على المدين بتعويض سوء نية المدين الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٠٦ ص ١٨٠ (وكان يقول في الطبعة الأولى فقرة ١٠٥ ص ١٦٧ بعدم جواز رجوع الكفيل على المدين بتعويض ما) ، والأستاذ سليمان مرقس فقرة ١١٤ ، والأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٥٢ ص ١٠٣ . ويرى الأستاذ محمد كامل مرسي جواز رجوع الكفيل بتعويض على المدين دون أن يشترط سوء نية المدين ، فيقول : « ويرى أحمد فتحي زغلول باشا (ص ٢٢٢) أنه إذا ترتب على عدم وفاء الدين إلزام الضامن بدفعه ، ونتج من ذلك خسارة له أكثر من الفوائد القانونية ، فإن المدين يكون ملزماً بتلك الخسارة ، كما لو اضطر الدائن إلى بيع ملكه بثمن بخس ليؤدي الدين ، أو وقع عليه حجز . . و ومن رأي دي هلتس (كفالة فقرة ٦٣) أيضاً أن الكفيل الحق في التعويضات . وهذا الرأي الأخير أقرب للعدالة ونرى الأخذ به ، وهو مطابق لقواعد الوكالة التي مقتضاها على الموكل تعويض الوكيل إذا أصابته خسارة بسبب قيامه بأعمال التوكيل . ولا يحتج بعدم وجود النص ، فإنه من المقرر كما أسلفنا تعويض الوكيل عن الخسارة التي تلحقه —

وأمثلة التعويض الذى يرجع به الكفيل على المدين عن الضرر الذى أصاب الكفيل دون خطأ منه أن يضطر الكفيل إلى بيع ماله بثمن بخس حتى يفى بالتزامه نحو الدائن ، أو أن يوقع الدائن الحجز على مال الكفيل ويبيعه بثمن بخس[1] . ويعتبر الخطأ منسوباً إلى الكفيل إذا أصابه ضرراً بأن دفع الدين للدائن مرة ثانية بعد أن دفعه المدين ، إذا كان الكفيل لم يخطر المدين بعزمه على الدفع[2] .

٦٤ — ما الذى يرجع به الكفيل على المدين فى الدعوى الشخصية إذا وفى الكفيل جزءاً من الدين : يفى الكفيل الدائن بجزء من الدين إما لأن

= مع أنه لم يرد فى التقنين المدنى نص صريح كنص المادة ٢٠٠٠ فرنسى . ولا نرى ما يبرر رأى الشراح الذين يقولون بعكس ما نقول ، إذ أنهم يحتجون بعدم النص فلا يجيزون للكفيل التعويضات ، وهم فى الوقت نفسه يجيزون له سريان الفوائد على ما دفعه من وقت الدفع كالوكيل مع أنه لا يوجد نص فى هذه الحالة أيضاً . ونرى من باب أولى الأخذ بالرأى الأخير فى القانون الجديد » (محمد كامل مرسى فقرة ١٠٥ ص ١٤٠ أ) .

(١) أوبرى ورو ٦ فقرة ٤٢٧ ص ٢٩٠ هامش ١٣ — بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٤٠ ص ٩٩٢ .

(٢) بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٤٠ ص ٩٩٢ هامش ٦ .

هذا وقد قضت محكمة النقض فى مصر بأنه إذا اتفق المدين مع صاحبه فى الدين على أن يقوم الضامن بوفاء مبلغ الدين للدائن ، ثم اتخذ الأخير إجراءات الحجز ضد مدينه ولم يكن ذلك نتيجة تقصير الضامن فى الوفاء بما التزم به قبل المدين بل كان تنفيذاً لحكم صادر ضد هذا الأخير عن دين خاص به وتنفيذاً للحكم الآخر الصادر ضد المدين وصاحبه عن الدين المضمون — وسواء كان تصرف الدائن على هذا الوجه أو لم يكن كذلك — فإن هذا التصرف لا يرتب حقاً للمدين قبل الضامن طالما أن إجراءات الحجز العقارى لم تتخذ بسبب تقصير هذا الضامن فى الوفاء بالتزامه ، وما دام من الثابت قطعاً أن بعض الدين الذى كان الدائن يطلب البيع من أجله هو دين خاص بالدين وحده . ولا يغير من هذا النظر ولا ينال منه للقول بأن الضامن كان متفقاً مع الدائن على شراء أطيان المدين عند عرضها للبيع ، إذ ليس ثمة ما يمنع من هذا الاتفاق وشأن الضامن شأن غيره من الراغبين فى الشراء (نقض مدنى ٣١ أكتوبر سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ ص ٧٦٣) — وانظر أيضاً نقض مدنى ٦ فبراير سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ ص ١٢٠ .

الكفيل لم يكفل إلا هذا الجزء ، أو لأن الكفيل قد كفل كل الدين ولكن الدائن قبل منه وفاء جزئياً وأبرأه من باقى الدين أو لم يبرئه منه فبقى الكفيل ملتزماً بباقى الدين .

وأياً كان السبب فى الوفاء الجزئى ، فإن الكفيل لا يرجع على المدين إلا بمقدار ما وفاه ، مع فوائده ومصروفاته[1] .

وإذا رجع الكفيل على المدين بجزء من الدين هو مقدار ما وفاه ، ورجع الدائن أيضاً على المدين بالباقى من الدين ، فإن الدائن لا يتقدم على الكفيل فى هذا الرجوع ، بل يتزاحم الاثنان معاً ، فإذا لم يكن لدى المدين ما يفى برجوع كل من الدائن والكفيل ، فإن هذين الاثنين الأخيرين مع الدائنين الآخرين يتقاسمون ما عند المدين ، ويأخذ كل منهم بنسبة ما يرجع به على المدين[2] وهذا بخلاف دعوى الحلول ، فسنرى أن الكفيل إذا لم يوف

---

(١) نقض فرنسى ٢٥ نوفمبر سنة ١٨٩١ داللوز ٩٢ - ١ - ٢٦١ - جيوار فقرة ١٦١ وفقرة ١٨١ .

وذلك ما لم يبرئ الدائن الكفيل لا من الكفالة فحسب بل من الدين نفسه ، فيكون فى حكم من وهب الدين للكفيل ، ويجوز لهذا الأخير الرجوع على المدين بكل الدين باعتباره أنه موهوب له (انظر آنفاً فقرة ٦٢ فى الهامش) . وهذا بخلاف ما إذا كان الدائن قد أبرأ الكفيل من الكفالة فى نظير هذا الوفاء الجزئى أو قبل وفاء جزئياً بموجب صلح مع الكفيل ، فإن الكفيل لا يرجع على المدين إلا بمقدار هذا الوفاء الجزئى (پون ٢ فقرة ٢٣٥ - لوران ٢٨ فقرة ٢٣٢ - جيوار فقرة ١٧٠ - بودرى وڤال فقرة ١٠٨٣) .

وإذا دفع الكفيل للدائن مقداراً زائداً على الدين ، فإنه لا يرجع على المدين إلا بمقدار الدين فقط حتى لا يضار المدين من جراء دفع الزيادة (جيوار فقرة ١٧٠ - بودرى وڤال فقرة ١٠٨٣ ص ٥٧١) .

(٢) نقض فرنسى أول أغسطس سنة ١٨٦٠ داللوز ٦٠ - ١ - ٥٠٢ - ٢١ يناير ١٨٦٨ سيريه ٦٨ - ١ - ٢٥٦ - ٢٥ نوفمبر سنة ١٨٩١ داللوز ٩٢ - ١ - ٢٦١ - پون ٢ فقرة ٢٧٥ - أوبرى ورو ٦ فقرة ٤٢٧ ص ٢٩١ - بودرى وڤال فقرة ١٠٨٥ ص ٥٧٣ - ولا يكون الكفيل مسئولاً قبل الدائن بسبب ما حصل عليه من جراء رجوعه على المدين ، بل يخلص له ما حصل عليه ولا يشاركه الدائن فيه (جيوار فقرة ١٦ وفقرة ١٨١ - بودرى -

إلا بعض الدين، لم يرجع على المدين بما وفاه إلا بعد أن يستوفى الدائن كل حقه من المدين (م ٧٦٩ مدنى) .

§ ٢ - رجوع الكفيل على المدين بدعوى الحلول

٦٥ — نص قانونى : تنص المادة ٧٩٩ مدنى على ما يأتى :

« إذا وفى الكفيل الدين ، كان له أن يحل محل الدائن فى جميع ما له من حقوق قبل المدين . ولكن إذا لم يوف إلا بعض الدين ، فلا يرجع بما وفاه إلا بعد أن يستوفى الدائن كل حقه من المدين »(1) .

= وفال فقرة ١٠٨٥ ص ٥٧٣ – بلانيول وريبير وساڤاتييه فقرة ١٥٤٠ ص ٩٩٣ هامش ١ – نقض فرنسى ٢٥ نوفبر سنة ١٨٩١ داللوز ٩٢ – ١ – ٢٦١) . وكذلك لو كان للكفيل دين آخر فى ذمة المدين فإنه يرجع به عليه ، ويزاحم الدائن فى رجوعه ، وإذا حصل من المدين على جزء من دينه فلا يشاركه فيه الدائن (جيوار فقرة ١٦٤ – بودرى وڤال فقرة ١٠٨٥) .

وإذا كان الدائن لم يخلص بكل حقه من المدين ، وكان الكفيل مسئولا عن باقى الدين ، جاز للدائن أن يحجز تحت يد المدين بما للكفيل فى ذمته (عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ١٠٦ – سليمان مرقس فقرة ١١٥ ص ١٢٨) .

(1) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١١٥٣ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٨٦٧ ، فى المشروع النهائى – ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٨٦٦ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٧٩٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٥٤١ – ص ٥٤٦) .

ويقابل النص فى التقنين المدنى السابق م ٥٠٠ / ٦١٧ : إذا دفع الكفيل عند حلول الأجل ، فله الرجوع على المدين . . . ويحل محل الدائن فى حقوقه ، لكن لا تجوز له المطالبة إلا بعد استيفاء الدائن دينه بتمامه إذا كان الكفيل لم يدفع إلا جزءاً من الدين .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٧٦٥ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٨٠٨ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ١٠٣٣ / ٢ : ويحل الكفيل محل الدائن فى جميع ما لهذا الدائن من الحقوق ، سواء كانت الكفالة بأمر المدين أو بغير أمره .

قانون الموجبات والعقود اللبنانى م ١٠٨٤ : إن الكفيل الذى أوفى الدين على وجه صحيح يحل محل الدائن فى جميع حقوقه وامتيازاته على المديون الأصلى بقدر المبلغ الذى دفعه ، وعلى سائر الكفلاء بقدر حصصهم وأنصبتهم . على أن ذلك الحلول محل الدائن ليس من شأنه أن يعدل الاتفاقات الخاصة المعقودة بين المديون الأصلى والكفيل .

ونسير فى دعوى الحلول على نفس الخطة التى اتبعناها فى الدعوى الشخصية ، فيما عدا البحث فى الأساس القانونى الذى تقوم عليه دعوى الحلول إذ أن هذه الدعوى ليست إلا تطبيقاً للقواعد العامة فى الحلول القانونى فيما إذا قام بالوفاء شخص غير المدين فيحل الموفى محل الدائن إذا كان ملزماً بوفاء الدين عن المدين . ونضيف إلى ما نبحثه موازنة بين دعوى الحلول والدعوى الشخصية . وعلى ذلك نبحث : (١) أى كفيل يرجع بدعوى الحلول على المدين . (٢) الشروط الواجب توافرها لرجوع الكفيل على المدين بدعوى الحلول . (٣) ما الذى يرجع به الكفيل على المدين فى دعوى الحلول إذا وفى الكفيل الدين كاملا . (٤) ما الذى يرجع به الكفيل على المدين فى دعوى الحلول إذا وفى الكفيل جزءاً من الدين . (٥) موازنة بين دعوى الحلول والدعوى الشخصية

٦٦ – **أى كفيل يرجع بدعوى الحلول على المدين :** كل كفيل يرجع بدعوى الحلول على المدين ، يستوى فى ذلك الكفيل الذى عقد الكفالة لمصلحة المدين سواء كان بأمر المدين أو بعلمه أو بغير علمه ، والكفيل الذى الذى عقد الكفالة لمصلحة المدين بالرغم من معارضة هذا الأخير ، والكفيل عقد الكفالة لمصلحة الدائن[1] . ويستوى فى ذلك أيضاً أن تكون الكفالة قد عقدت لمصلحة المدين وحده ، أو لمصلحة الدائن وحده ، أو لمصلحة الاثنين معاً ، أو لمصلحة المدين والكفيل ، أو لمصلحة الدائن والكفيل . وعلى ذلك يستوى الكفيل غير المأجور ، والكفيل المأجور . ويستوى أخيراً الكفيل غير المتضامن مع المدين ، والكفيل المتضامن مع المدين[2] .

---

(١) ترولون فقرة ٣٢٩ وفقرة ٣٦٢ – بون ٢ فقرة ٢٦٧ – أوبرى ورو ٦ فقرة ٤٢٧ ص ٢٨٧ – جيوار فقرة ١٧٦ وفقرة ١٨٣ – بودرى وقال فقرة ١١١١ – عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ١١٠ – محمد على إمام ص ١٤٤ – سليمان مرقس فقرة ١٢٠ ص ١٣٣ – منصور مصطفى منصور فقرة ٥٤ ص ١٠٤ .

(٢) عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ١١٠ – منصور مصطفى منصور فقرة ٥٤ ص ١٠٤ .

والأصل فى ذلك ما نصت عليه المادة ٣٢٦ مدنى من أنه « إذا قام بالوفاء شخص غير المدين ، حل الموفى محل الدائن الذى استوفى حقه فى الأحوال الآتية : (١) إذا كان الموفى ملزماً بالدين مع المدين أو ملزماً بوفائه عنه . (ب) . . . . . » . فالكفيل ملزم بوفاء الدين عن المدين ، ومن ثم إذا وفى الدين للدائن كان أن يحل محل الدائن فى جميع ما لهذا الأخير من حقوق قبل المدين . فليست المادة ٧٩٩ مدنى سالفة الذكر[١] إلا تطبيقاً تشريعياً للمادة ٣٢٦ مدنى ، وقد أعطت دعوى الحلول للكفيل فى عبارة عامة مطلقة ، بخلاف الدعوى الشخصية المنصوص عليها فى المادة ٨٠٠ مدنى فإنها أعطيت للكفيل إذا عقد الكفالة بعلم المدين أو بغير علمه دون الكفيل الذى عقد الكفالة بالرغم من معارضة المدين[٢] . ويكون حلول الكفيل محل الدائن القانون ، دون حاجة لأن يطلب الكفيل ذلك[٣].

٦٧ — الشروط الواجب توافرها لرجوع الكفيل على المدين بدعوى الحلول : رأينا[٤] أنه يجب توافر شروط ثلاثة لرجوع الكفيل على المدين بالدعوى الشخصية : قيام الكفيل بوفاء الدين عن المدين ، وفاء المدين

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٦٥ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٦٠ .

(٣) وكان حلول الكفيل محل الدائن فى القانون الرومانى لا يتم بحكم القانون ، بل كان الكفيل عند وفاء الدين للدائن يقتضى منه أن ينزل له عن حقوقه . فإذا رفض الدائن النزول عن دعواه للكفيل ، كان لهذا الأخير أن يواجهه بدفع فى خصوص ذلك (cedendarum actionum) ، بل كان يفترض فى بعض الحالات أن النزول عن الدعو قد تم فعلا . وكان القانون الرومانى ، من جهة أخرى ، يجعل لمن يوفى ديناً مضموناً برهن الحق فى أن يخلف الدائن فى هذا الرهن (successio in locum creditais) أو فى مرتبته (جيرار طبعة ثالثة ص ٧٥٤ — ص ٧٥٥ وص ٧٧٦ هوامش ٢ و ٥ و ٦ و ٧) . أما فى القوانين الجرمانية ، فكان الكفيل يحل محل الدائن بحكم القانون . وكذلك كان الأمر فى القانون الفرنسى القديم ، وإن كان ذلك محلا للنزاع (بودرى وڤال فقرة ١١٠٩) .

(٤) انظر آنفاً فقرة ٦٢ .

بالدين عند حلول أجله ، وإخطار الكفيل المدين قبل الوفاء مع عدم معارضة المدين . والشرطان الأولان من هذه الشروط الثلاثة يجب توافرهما لرجوع الكفيل على المدين بدعوى الحلول ، أما الشرط الثالث المتعلق بإخطار المدين فليس ضرورياً للرجوع بهذه الدعوى[١] .

وعلى ذلك يجب توافر شرطين لرجوع الكفيل على المدين بدعوى الحلول ، وهما :

(الشرط الأول) قيام الكفيل بوفاء الدين عن المدين : فيجب على الكفيل حتى يرجع على المدين بدعوى الحلول ، أن يكون قد قام بوفاء الدين عن المدين . وقد رأينا[٢] المادة ٧٩٩ تقول : «إذا وفى الكفيل الدين، كان له أن يحل محل الدائن . . . » . والكفيل لا يقوم بوفاء الدين عن المدين إلا إذا كان متضامناً معه أو إلا إذا لم يدفع بالتجريد أو فشل فى هذا الدفع ، فعندئذ يضطر إلى وفاء الدين للدائن ويحل محله فى رجوعه على المدين . وقد يقضى الكفيل الدين بما يقوم مقام الوفاء ، كما إذا وفى الدين بمقابل ، أو جدد الدين بتغيير المدين مثلا ، أو قضى الدين بطريق المقاصة . فكل هذه أسباب تقوم مقام

---

(١) ولذلك جاء ترتيب المواد ٧٩٨ – ٨٠٠ مدنى معيبا ، فقد بدأت المادة ٧٩٨ وهى فى صدر هذه المواد تتكلم عن إخطار المدين ، ثم جاءت المادتان ٧٩٩ و ٨٠٠ الأولى فى دعوى الحلول والثانية فى الدعوى الشخصية . وهذا الترتيب يوهم أن إخطار المدين واجب فى كل من دعوى الحلول والدعوى الشخصية ، ما دام الإخطار يتقدم كلا من الدعويين . والصحيح أن الإخطار غير واجب إلا فى الدعوى الشخصية ، أما دعوى الحلول فلا يجب فيها الإخطار قبل الوفاء ، إذ أن الوفاء دون إخطار المدين به يجعل الكفيل يحل محل الدائن كالوفاء بعد الإخطار سواء بسواء . وكان الواجب أن تتأخر المادة ٧٩٨ المتعلقة بالإخطار عن المادة ٧٩٩ المتعلقة بدعوى الحلول ، أو تتقدم المادة ٨٠٠ المتعلقة بالدعوى الشخصية على المادة ٧٩٩ المتعلقة بدعوى الحلول ، وتأتى المادة ٨٠٠ المتعلقة بالدعوى الشخصية عقب المادة ٧٩٨ مباشرة ، أى عقب المادة المتعلقة بالإخطار ، وبذلك لا يكون الإخطار واجبا إلا فى الدعوى الشخصية .
(انظر فى هذا المعنى سليمان مرقس فقرة ١٠٢) .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٦٦ .

الوفاء فينقضى بها الدين ، ومن ثم يحل الكفيل محل الدائن بمجرد انقضاء الدين[1] . أما إذا لم يف الكفيل الدين أو يقضه بسبب يقوم مقام الوفاء ، كما إذا أبرأ الدائن الكفيل من الكفالة أو تقادم دين الكفيل ، فإن هذا لا يعتبر وفاء للدين ، فلا يحل الكفيل محل الدائن . وقد يعمد الدائن إلى التنفيذ على أموال كل من المدين والكفيل ، فعلى الكفيل فى هذه الحالة أن يتقدم فى التوزيع المفتوح بالنسبة إلى أموال المدين ، حتى إذا استوفى الدائن حقه من أموال المدين وأموال الكفيل معاً ، حل الكفيل محل الدائن ودخل فى توزيع أموال المدين بنسبة ما استوفاه الدائن من أمواله هو[2] .

(الشرط الثانى) وفاء الكفيل بالدين عند حلول أجله : فإذا تعجل الكفيل الوفاء بغير رضاء الدائن قبل حلول الأجل الأصلى ، لم يكن له أن يرجع بدعوى الحلول إلا عند حلول هذا الأجل ، أو لم يرجع أصلا إذا جد ما بين وفاء الكفيل بالدين وحلول الأجل سبب لانقضاء الدين[3] . وقد ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « فإن كان الوفاء قبل الأجل قد تم بغير رضاء المدين ، فإن الكفيل يعرض نفسه لخطر ضياع حقه فى الرجوع على المدين والحلول محل الدائن إذا كان الدين قد انقضى

---

(١) محمد كامل مرسى فقرة ١٠٩ ص ١٤٩ – عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ١١١ ص ١٧١ .

(٢) بودرى وفال فقرة ١١١٠ .

(٣) بودرى وفال فقرة ١١١٢ – محمد كامل مرسى فقرة ١٠٩ ص ١٥٩ – سليمان مرقس فقرة ١٢٠ ص ١٣٤ – وإذا امتد الأجل الأصلى باتفاق بين المدين والدائن أو بمنح القاضى المدين نظرة الميسرة ، فإنه يبدو أن الكفيل ، وقد حل محل الدائن ، لا يستطيع الرجوع بدعوى الحلول إلا عند حلول الأجل الجديد بعد امتداده ، لأن الدائن نفسه كان لا يستطيع الرجوع على المدين قبل ذلك (جيوار فقرة ٢٥٢ – محمد كامل مرسى فقرة ١٠٩ ص ١٥١ – عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ١١٥ ص ١٧٤ هامش ٢ – انظر عكس ذلك وأن الكفيل يرجع بدعوى الحلول عند حلول الأجل الأصلى ولا ينتظر حلول الأجل الجديد : بودرى وفال فقرة ١١١٢)

فى المدة بين الوفاء وحلول الأجل بسبب المقاصة أو اتحاد الذمة مثلا ، أو كانت لدى المدين دفوع تبرئ ذمته من الدين »[١] .

٦٨ – ما الذى يرجع به الكفيل على المدين فى دعوى الحلول إذا وفى الدين كاملا : قدمنا فى الجزء الثالث من الوسيط ، عند الكلام فى أحكام الرجوع بدعوى الحلول ، أن الموفى وهو هنا الكفيل يحل محل الدائن . وقد نصت المادة ٣٢٩ مدنى فى هذا الصدد على أن « من حل قانوناً أو اتفاقاً محل الدائن كان له حقه ، بما لهذا الحق من خصائص ، وما يلحقه من توابع ، وما يكفله من تأمينات ، وما يرد عليه من دفوع ، ويكون هذا الحلول بالقدر الذى أداه من ماله من حل محل الدائن »[٢] . وتؤكد المادة ٧٩٩ مدنى[٣] هذا المعنى ، فتقول : « إذا وفى الكفيل الدين ، كان له أن يحل محل الدائن فى جميع ما له من حقوق قبل المدين »[٤] .

وعلى هذا يحل الكفيل محل الدائن فى حقه ، بما لهذا الحق من خصائص . فاذا كان حق الدائن حقاً تجارياً ، انتقل إلى الكفيل على هذه الصفة حقاً تجارياً[٥] . وإذا كان حقاً يسقط بالتقادم بانقضاء مدة قصيرة ، خمس سنوات أو أقل ، فإنه ينتقل إلى الكفيل قابلا للسقوط بالتقادم بهذه المدة القصيرة .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٥٤٤ – ص ٥٤٥ .

(٢) انظر التكييف القانونى للحلول والنظريات الثلاث المختلفة فى هذا التكييف ، وهى : (١) بقاء التأمينات وحدها دون الحق (٢) بقاء الحق نفسه وانتقاله إلى الموفى (٣) الوفاء مع الحلول وفاء للحق إلى الدائن وانتقال للحق بالنسبة إلى المدين : الوسيط ٣ فقرة ٤٠٢ – فقرة ٤٠٥ .

(٣) انظر آنفا فقرة ٦٥

(٤) وإذا أبرأ الدائن أحد المدينين المتضامنين من التضامن فقط ولم يبرئه من الدين ، ودفع الكفيل المتضامن الدين ، فله الرجوع على المدين الذى أبرئ من التضامن بكل ما دفع. (مصر الكلية ٥ فبراير سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ١٧ ص ٣٢) .

(٥) بودرى وڤال فقرة ١١١٦ مكررة – ويظهر أنه حق تجارى فى الإثبات والاختصاص وسعر الفوائد القانونية .

قد تكون المدة أوشكت على الانقضاء فلا تلبث أن تنقضى بعد انتقال الحق إلى الكفيل ، وفى هذا تتميز الدعوى الشخصية على دعوى الحلول فإن سريان التقادم بالنسبة إلى الدعوى الأولى لا يبدأ إلا من وقت وفاء الكفيل بالدين . وقد يكون حق الدائن الذى انتقل إلى الكفيل ثابتاً فى سند رسمى أو فى حكم ، فينتقل إلى الكفيل بهذا السند التنفيذى كما كان فى يد الدائن . وقد يكون الدائن قد قاضى المدين وسار فى إجراءات التقاضى شوطاً بعيداً ، فلا يحتاج الكفيل إلى تجديد هذه الإجراءات بل يسير فيها من حيث وجدها[١].

ويحل الكفيل محل الدائن فى حقه ، بما يلحق هذا الحق من توابع . فلو كان حق الدائن ينتج فوائد بسعر معين ، فانه ينتقل إلى الكفيل منتجاً للفوائد بهذا السعر ، ويكون للكفيل الحق فى تقاضى هذه الفوائد ما استحق منها وما سيستحق . ويعتبر تابعاً للحق دعوى الفسخ ، فلو ضمن الكفيل المشترى فى دفع الثمن ، ثم دفع الكفيل الثمن للبائع وفاء لدين المشترى ، انتقل إلى الكفيل حق البائع بما تتبعه من دعوى الفسخ لعدم وفاء المشترى بالثمن[٢] . ويعتبر تابعاً للحق أن يكون للدائن حق الطعن فى تصرف المدين بالدعوى البولصية ، فإذا وفى الكفيل الحق للدائن وانتقل إليه هذا الحق ، فإنه ينتقل إليه مقترناً بحق الطعن بالدعوى البولصية[٣] . ويعتبر تابعاً كذلك الحق فى الحبس ، فتنتقل العين المحبوسة من الدائن إلى الكفيل ، ويكون لهذا الأخير الحق فى حبسها حتى يستوفى الدين من الدائن[٤] . وإذا كان هناك شرط

---

(١) الوسيط ٣ فقرة ٣٩٢ – ويرجع الكفيل على المدين بقيمة الأخشاب التى حجز عليها الدائن وتركها المدين تفلت من الحجز (نقض فرنسى ١٠ مارس ١٩٣٦ سيريه ١٩٣٦ – ١ – ١٩٠ – أوبرى ورو ٦ فقرة ٤٢٧ ص ٢٨٧ هامش ١ .

(٢) جيوار فقرة ١٨٥ – بودرى وڤال فقرة ١١١٤ ص ٥٨٦ – پلانيول وريپير وساڤاتييه فقرة ١٥٤١ ص ٩٩٣ .

(٣) الوسيط ٣ فقرة ٣٩٢ ص ٦٩٠ – منصور مصطفى منصور فقرة ٥٥ ص ١٠٧ .

(٤) الوسيط ٣ فقرة ٣٩٣ .

جزائي ، استفاد منه الكفيل كما كان يستفيد منه الدائن[١] .

ويحل الكفيل محل الدائن في حقه ، بما يكفله من تأمينات . فينتقل إلى الكفيل مع حق الدائن ما يكفل هذا الحق من تأمينات عينية ، كالرهن الرسمي وحق الاختصاص والرهن الحيازي على عقار أو منقول وحقوق الامتياز على عقار أو منقول[٢] . أما انتقال التأمينات الشخصية ، ككفيل آخر ضمن الدين أو مدينين متضامنين متعددين ، فسيأتي الكلام في ذلك عند بحث رجوع الكفيل على الكفلاء الآخرين ورجوعه على المدينين المتضامنين . والحلول في التأمينات يقع بحكم القانون ، فلا يحتاج الكفيل إلى اتفاق مع الدائن على إحلاله محله في رهن أو في أي تأمين آخر أو في أي طلب للدخول في التوزيع بدلا منه ، ولا يجوز للدائن أن ينزل عن الرهن أو عن مرتبة هذا الرهن إضراراً بحق الكفيل الذي حل محله في هذا الرهن[٣] .

ويحل الكفيل محل الدائن في حقه ، بما يرد عليه من دفوع إذا كان

---

(١) منصور مصطفى منصور فقرة ٥٥ ص ١٠٧ – ولو ضمن الكفيل المستأجر في دفع الأجرة ، ثم دفعها للمؤجر وفاء عن المستأجر ، حل محل المؤجر في حقه بما يتبع هذا الحق من طرد المستأجر من العين المؤجرة فليس طرد المستأجر إلا ضربا من فسخ الإيجار ، وقد قدمنا أن دعوى الفسخ تعتبر من توابع الحق (جيوار فقرة ١٨٥ – بودرى وفال فقرة ١١١٤ – عكس ذلك بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٤١ ص ٩٩٣ هامش ١) .

(٢) بودرى وفال فقرة ١١١٤ ص ٥٨٦ – ويستوى أن تكون هذه التأمينات قد حصل عليها الدائن قبل عقد الكفالة أو بعد هذا العقد ، ففي الحالتين يحل الكفيل فيها محل الدائن (ترولون فقرة ٣٧٦ – بون ٢ فقرة ٢٧٢ – جيوار فقرة ١٨٤ – بودرى وفال فقرة ١١١٣) .

(٣) الوسيط ٣ فقرة ٣٩٤ – وقد رأينا (انظر آنفاً فقرة ٥١) أن المادة ٧٨٧ / ٢ و ٣ مدنى تنص على ما يأتي : « ٢ – فإذا كان الدين مضمونا بمنقول مرهون أو محبوس ، وجب على الدائن أن يتخلى عنه للكفيل . ٣ – أما إذا كان الدين مضموناً بتأمين عقارى ، فإن الدائن يلتزم أن يقوم بالإجراءات اللازمة لنقل هذا التأمين ، ويتحمل الكفيل مصروفات النقل على أن يرجع بها على المدين » .

الكفيل قد وفى الدين قبل إخطار المدين بعزمه على الوفاء فلم يتمكن المدين من المعارضة فى الوفاء . فإذا كان الحق مصدره عقد باطل أو قابل للإبطال ، جاز للمدين أن يتمسك بهذا الدفع تجاه الكفيل كما كان له ذلك تجاه الدائن . وإذا كان الحق قد انقضى بالوفاء أو بأى سبب آخر كالتجديد أو المقاصة أو الإبراء أو التقادم ، جاز للمدين أن يدفع بكل ذلك . وإذا كان الحق معلقاً على شرط واقف لم يتحقق ، أو على شرط فاسخ تحقق ، أو كان حقاً مؤجلا ولم يحل الأجل ، جاز للمدين أن يدفع أيضاً بكل ذلك . أما إذا كان الدائن قاصراً ، فجاز للمدين أن يمتنع عن الوفاء له شخصياً لعدم صحة الوفاء فى هذه الحالة ، فإنه لا يستطيع أن يدفع بهذا الدفع الخاص بشخص الدائن تجاه الكفيل إذا كان هذا متوافراً فيه الأهلية لاستيفاء الدين[١] .

على أن العبارة الأخيرة من المادة ٣٢٩ مدنى تنص ، كما رأينا[٢] ، على أن « يكون هذا الحلول بالقدر الذى أداه من ماله من حل محل الدائن » . والسبب فى ذلك أن الكفيل ، وهو يفى بالدين للدائن ، إنما يقوم بهذا بعيداً عن فكرة المضاربة التى هى فى حوالة الحق لصيقة بمن يشترى الدين . ولا بد أن يكون الوفاء هنا قد أحاطت به ملابسات اقتضت أن ينزل الدائن عن جزء من الدين ويستوفى الباقى ، فليس للكفيل أن يرجع على المدين بأكثر مما وفى للدائن إذ هو لا يقصد المضاربة فيما قام به من وفاء ، وإنما هو يلتزم بالدين عن المدين ويريد الوفاء بالتزامه . ولو كان يقصد المضاربة ويريد الرجوع بكل الدين ، فسبيله إلى ذلك أن يشترى الدين من الدائن بالمقدار الذى دفعه ، وعند هذا ينتقل إليه الدين كاملا عن طريق حوالة الحق ويرجع به كله على المدين[٣] .

---

(١) الوسيط ٣ فقرة ٣٩٥ .

(٢) انظر نفس الفقرة .

(٣) الوسيط ٣ فقرة ٣٩٧ – وقد رأينا فى الدعوى الشخصية التى يرجع بها الكفيل على المدين ، إذا قبل الدائن أن ينزل عن جزء الدين بموجب صلح بينه وبين الكفيل ، فإن الكفيل لا يرجع على المدين هنا أيضاً إلا بمقدار ما وفى من الدين (انظر آنفاً فقرة ٦٤ فى الهامش) .

وعلى ذلك يرجع الكفيل على المدين ، فى دعوى الحلول ، بما دفعه الكفيل للدائن لإخلاء ذمة المدين . فيشمل ذلك مقدار الدين فى أصله إذا كان قد وفى الدائن مقدار الدين بأكمله ، وإلا فالقدر الذى وفاه من الدين كما قدمنا . وكذلك يرجع بفوائد هذا الدين لو كان الدين ينتج فوائد اتفاقية أو قانونية ، ما دامت هذه الفوائد تدخل ضمن الدين المكفول . ويشمل أصل الدين كذلك ، فيرجع الكفيل به على المدين ، ما يضطر الكفيل إلى دفعه للدائن فى نظير المصروفات التى تكبدها هذا الأخير فى مواجهة المدين ، كما يشمل بوجه عام كل ما وجب على الكفيل دفعه للدائن لإخلاء ذمة المدين . وهذا كله يرجع به الكفيل على المدين أيضاً فى الدعوى الشخصية ، كما قدمنا[1] .

ولكن الكفيل لا يرجع على المدين ، فى دعوى الحلول ، لا بالفوائد القانونية عن كل ما قام بدفعه ابتداء من يوم الدفع ، ولا بالمصروفات التى أنفقها الكفيل فى سبيل الوفاء بالتزامه وكل ما حكم عليه به من المصروفات للدائن ، وذلك كمصروفات العرض الحقيقى والإبداع والمصروفات التى أنفقها الكفيل فى إرشاد الدائن إلى أموال المدين لتجريدها ومصروفات مطالبة الدائن للمدين ومصروفات رفع الدائن الدعوى على الكفيل ، ولا بالتعويض عن الضرر الذى يكون قد أصاب الكفيل دون خطأ منه بسبب تنفيذ التزامه[2] . وهذا كله يرجع به الكفيل على المدين فى الدعوى الشخصية[3] ، بخلاف دعوى الحلول ، وفى ذلك تتميز الدعوى الشخصية عن دعوى الحلول[4] .

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٦٣ .

(٢) بون ٢ فقرة ٢٧٤ – لوران ٢٨ فقرة ٢٤٦ – جيوار فقرة ١٩٠ – بودرى وفال فقرة ١١١٨ .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٦٣ .

(٤) بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٤١ ص ٩٩٣ .

٦٩ — ما الذى يرجع به الكفيل على المدين فى دعوى الحلول إذا وفى الكفيل جزءاً من الدين : رأينا[1] أن المادة ٧٩٩ مدنى تنص على ما يأتى :

« ولكن إذا لم يوف (الكفيل) إلا بعض الدين ، فلا يرجع بما وفاه إلا بعد أن يستوفى الدائن كل حقه من المدين » . وليس هذا النص إلا تطبيقاً تشريعياً لبعض ما جاء فى المادة ٣٣٠ مدنى التى تنص على ما يأتى « ١ — إذا وفى الغير الدائن جزءاً من حقه وحل محله فيه ، فلا يضار الدائن بهذا الوفاء ، ويكون فى استيفاء ما بقى له من حق مقدماً على من وفاه ، ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك . ٢ — فإذا حل شخص آخر محل الدائن فيما بقى له من حق ، رجع من حل أخير هو ومن تقدمه فى الحلول كل بقدر ما هو مستحق له وتقاسما قسمة الغرماء » .

والمفروض هنا أن الكفيل وفى جزءاً من الدين ، فحل محل الدائن فيه . فإذا كان المدين قد رهن عقاراً فى الدين وكان العقار لا يفى بكل الدين ، وليس للمدين أموال أخرى ، فإن الكفيل وقد حل فى الرهن بمقدار ما وفاه والدائن ولا يزال دائناً بالجزء الباقى لا يجدان أمامهما سوى هذا العقار ليستوفى كل حقه منه ، ويتقدمان معاً على سائر الغرماء بما لهما من حق الرهن . وكان ينبغى أن يتعادلا فإن كلا منهما دائن بجزء من دين واحد ، فلا محل لتفضيل أحدهما على الآخر . ولكن النص ، وهو فى ذلك يترجم عن الإرادة المحتملة للطرفين ، يفترض أن الدائن لم يكن ليرضى باستيفاء جزء من حقه من الكفيل إلا على أساس أن يتقدم عليه فى استيفاء الجزء الباقى . فيتقدم الدائن على الكفيل ، ويستوفى أولا الجزء الباقى من الدين ، وما بقى بعد ذلك من ثمن العقار يأخذه الكفيل فلا يستوفى به إلا بعض حقه . فالكفيل وقد حل محل الدائن فى جزء من حقه لم يعامل معاملة الدائن ، بل فضل الدائن عليه[2] . على أن هذه

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٦٥ .

(٢) مصر الكلية ٥ فبراير سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ١٧ ص ٣٢ .

القاعدة يحد منها قيدان : (١) أنها ليست إلا افتراضاً لما أراده الدائن والكفيل ، فهي ليست قاعدة من النظام العام . ومن ثم يجوز للدائن والكفيل أن يتفقا على غير ذلك ، فلهما أن يتفقا على أنهما يتعادلان فيقتسمان مال المدين اقتسام الغرماء ، بل لهما أن يتفقا على أن الكفيل هو الذى يتقدم على الدائن وما بقى بعد ذلك يأخذه الدائن . (٢) وحتى لو لم يتفق الدائن والكفيل على شيء يخالف القاعدة المتقدمة الذكر وتقدم الدائن على الكفيل ، فهذه ميزة شخصية للدائن وحده ، لا تنتقل منه إلى شخص آخر يفى له بالجزء الباقى من حقه ويحل فيه . وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٣٣٠ مدنى صراحة على هذا الحكم فقضت بأنه « إذا حل شخص آخر محل الدائن فيما بقى له من حق ، رجع من حل أخيراً هو ومن تقدمه فى الحلول كل بقدر ما هو مستحق له ، وتقاسما قسمة الغرماء » . ولا يستطيع الدائن ، وهو يستوفى الجزء الباقى من حقه من هذا الشخص الآخر أن يتفق معه على أن يجعله متقدماً على الكفيل ، إذ أن الكفيل ليس طرفاً فى هذا الاتفاق فلا يسرى فى حقه . وإنما يجوز للدائن ، عند استيفاء جزء من حقه من الكفيل ، أن يشترط عليه أنه هو أو من يخلفه فى الجزء الباقى يتقدم على الكفيل . وعند ذلك يكون للدائن ، وهو يستوفى الجزء الباقى ، أن يتفق مع الموفى الثانى أن يتقدم هذا على الكفيل ، وهذا ما رضى به الكفيل مقدماً عند اتفاقه مع الدائن[1] .

وما قدمناه من أن الكفيل الذى وفى بجزء من الدين يتأخر عن الدائن عند ما يريد هذا استيفاء الجزء الباقى ، إنما يصح إذا رجع الكفيل على المدين بدعوى الحلول . أما إذا رجع بالدعوى الشخصية ، فقد رأينا[2] أنه لا وجه لتفضيل الدائن عليه . فإذا فرض فى المثل المتقدم أن المدين لم يرهن عقاراً لضمان الدين ، ووفى الكفيل الدائن جزءاً من حقه ، ولم يكن عند المدين مال يفى بكل الدين ، فإن رجوع الكفيل بالدعوى الشخصية على المدين

---

(١) الوسيط ٣ فقرة ٤٠١ ص ٦٩٧ – ص ٦٩٩ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٦٤ .

بجعله يزاحم الدائن فى رجوعه على المدين بما بقى من حقه ، ويقتسمان مال المدين اقتسام الغرماء[١] .

٧٠ — موازنة بين دعوى الحلول والدعوى الشخصية : من ميزات دعوى الحلول على الدعوى الشخصية ، أن الكفيل إذا رجع بدعوى الحلول كان له جميع تأمينات الحق الذى وفاه ، وينتقل إليه الحق بما له من خصائص وما يلحقه من توابع ، وقد تقدم بيان هذا[٢] . ولا يشترط فى دعوى الحلول أن يكون الكفيل قد أخطر المدين بعزمه على الوفاء ، ويشترط ذلك فى الدعوى الشخصية[٣] .

ولكن الدعوى الشخصية قد تكون لها ، من جهة أخرى ، ميزات على دعوى الحلول . ونذكر من هذه الميزات ثلاثاً :

أولا — يستحق الكفيل فى الدعوى الشخصية الفوائد القانونية على جميع ما دفعه للدائن وفاء للدين من وقت الدفع ، ويرجع الكفيل أيضاً فى الدعوى الشخصية بالمصروفات التى أنفقها فى سبيل الوفاء بالتزامه وكل ما حكم عليه به من المصروفات للدائن ، كما يرجع بالتعويض عن الضرر الذى يكون قد أصابه دون خطأ منه بسبب تنفيذ التزامه . ولا يرجع الكفيل فى دعوى الحلول لا بالفوائد القانونية ولا بالمصروفات ولا بالتعويض ، وهذه هى إحدى الميزات الأساسية للدعوى الشخصية على دعوى الحلول[٤] .

ثانياً — إذا رجع الكفيل بالدعوى الشخصية ، فان حقه يكون قد نشأ منذ الوقت الذى وفى فيه المدين للدائن ، فلا يبدأ سريان التقادم إلا من ذلك الوقت . أما فى دعوى الحلول فيرجع الكفيل بنفس حق الدائن ، وقد بدأ

---

(١) الوسيط ٣ فقرة ٤٠١ ص ٦٩٩ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٦٨ .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٦٢ .

(٤) انظر آنفاً فقرة ٦٨ فى آخرها .

سريان تقادم هذا الحق منذ أن استحق أى قبل أن يبدأ سريان التقادم بالنسبة إلى الدعوى الشخصية ، وقد تكون مدة تقادم حق الدائن قد أوشكت على الانقضاء ، فلا تلبث أن تنقضى بعد انتقال الحق إلى الكفيل ، وفى هذا تتميز الدعوى الشخصية على دعوى الحلول[1] .

ثالثاً – إذا كان الكفيل قد وفى الدين وفاء جزئياً وأراد الرجوع بدعوى الحلول ، فقد رأينا أنه يتأخر عن الدائن حتى يستوفى الدائن من المدين الباقى من حقه . أما إذا رجع الكفيل بالدعوى الشخصية ، فإنه يتعاون مع الدائن ولا يتقدم الدائن عليه ، ويقتسمان مال المدين اقتسام الغرماء[2] .

§ ٣ – رجوع الكفيل على المدينين المتضامنين

٧١ – نص قانونى : تنص المادة ٨٠١ مدنى على ما يأتى :

« إذا تعدد المدينون فى دين واحد وكانوا متضامنين ، فللكفيل الذى كفلهم جميعاً أن يرجع على أى منهم بجميع ما وفاه من الدين »[3].

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٦٨ فى أولها .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٦٩ – وانظر فى الموازنة بين دعوى الحلول والدعوى الشخصية بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٤١ ص ٩٩٣ – محمد كامل مرسى فقرة ١١١ – عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ١٢٥ – سليمان مرقس فقرة ١٢٣ – فقرة ١٢٥ .

(٣) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١١٥٤ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٨٦٩ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٨٦٨ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٨٠١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٥٤٨ – ص ٥٥٠) .

ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى السابق .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٧٦٧ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٨١٠ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ١٠٣٥ (مطابق) .

قانون الموجبات والعقود اللبنانى لا مقابل .

ويفرض هذا النص أن هناك مدينين متعددين متضامنين فى دين واحد ، وأن كفيلا قد ضمنهم جميعاً . وهناك فرض آخر ، هو أن هناك مدينين متعددين متضامنين فى دين واحد ، وأن كفيلا ضمن بعضهم دون الباقين . فنستعرض كلا من الفرضين .

٧٢ — مدينون متضامنون ضمنهم الكفيل جميعا : هذا هو الفرض الذى أورد حكمه نص المادة ٨٠١ مدنى سالفة الذكر ، وهو أبسط الفرضين فاذا كان هناك مدينون متضامنون فى دين واحد ضمنهم الكفيل جميعاً ، ووفى الكفيل الدين للدائن ، فانه يرجع على أى من المدينين المتضامنين إما بالدعوى الشخصية أو بدعوى الحلول[1] .

فإن رجع بالدعوى الشخصية ، فإنه يرجع بما وفاه للدائن ، أى بكل الدين . ذلك لأن أى مدين متضامن مسئول عن كل الدين بحكم التضامن فيما بين المدينين ، وقد وفى الكفيل عنه كل الدين فيرجع بكل الدين عليه [2]. ويضاف إلى ذلك ما يرجع به الكفيل من فوائد قانونية ومصروفات وتعويض . فإذا رجع الكفيل بكل الدين على أحد المدينين المتضامنين ، رجع هذا المدين على سائر المدينين كل بقدر حصته (م ٢٩٧/١ مدنى) . وإذا أعسر أحد المدينين المتضامنين ، تحمل تبعة هذا الإعسار المدين الذى وفى بالدين للكفيل وسائر المدينين الموسرين كل بقدر حصته (م ٢٩٨ مدنى) ، وذلك كله طبقاً للقواعد المقررة فى التضامن .

وإن رجع الكفيل بدعوى الحلول ، فإنه يرجع بنفس حق الدائن الذى وفاه حقه . ولما كان الدائن يرجع على أى من المدينين المتضامنين بكل الدين للتضامن القائم فيما بينهم ، فإن الكفيل له أن يرجع أيضاً بدعوى الحلول على

---

(١) استئناف مختلط ١٤ مايو سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ١٩٧ .

(٢) جيوار فقرة ١٩٣ — بودرى وفال فقرة ١١١٩ .

أى من المدينين المتضامنين بكل الدين ، كما فى الدعوى الشخصية[1] . وكما فى الدعوى الشخصية أيضاً يرجع المدين الذى وفى الدين للكفيل على سائر المدينين كل بقدر حصته ، وإذا أعسر أحد المدينين المتضامنين تحمل تبعة هذا الإعسار المدين الذى وفى الدين للكفيل وسائر المدينين المتضامنين كل بقدر حصته[2] .

٧٣ — **مدينون متضامنون ضمن الكفيل بعضهم** : ونفرض هنا أن الكفيل لم يضمن كل المدينين المتضامنين كما فعل فى الفرض السابق ، بل ضمن بعضهم دون بعض آخر . فإذا كان هناك ثلاثة مدينين متضامنين ، وقد ضمن الكفيل الأول منهم دون أن يضمن الاثنين الآخرين ، ووفى الكفيل كل الدين للدائن ، فإنه يرجع على المدين الذى ضمنه بكل الدين ، سواء كان ذلك بالدعوى الشخصية أو بدعوى الحلول ، لنفس الأسباب التى قدمناها عند ما يرجع الكفيل على أحد المدينين المتضامنين بعد أن يكون قد ضمنهم جميعاً[3] .

---

(١) ترولون فقرة ٣٧٧ — بون ٢ فقرة ٢٧٦ — لوران ٢٨ فقرة ٢١٨ — جيوار فقرة ١٩٢ — فقرة ١٩٣ — بودرى وفال فقرة ١١٢١ .

(٢) وقد نوقش نص المادة ٨٠١ مدنى فى لجنة الأستاذ كامل صدقى ، فقال أحد الأعضاء « إنه يرى استبعاد هذه المادة ، إذ أن الكفيل الذى وفى يملك وفقاً للقواعد العامة الرجوع على كل شخص استفاد من الوفاء الذى قام به . ولما كان الوفاء الحاصل من الكفيل فى الحالة التى تواجهها المادة المقترحة قد استفاد منه عدة مدينين متضامنين ، فإن للكفيل مطالبتهم جميعاً والرجوع عليهم ، سواء بالدعوى الشخصية أو بدعوى الحلول ، وليس هذا الرجوع بحاجة إلى نص لإقراره لأنه تطبيق للمبادئ العامة ، وفى هــذا ما يكفى » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٥٥٠ فى الهامش) — وانظر محمد كامل مرسى فقرة ١١٥ — عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ١٢٢ — سليمان مرقس فقرة ١٣٧ — منصور مصطفى منصور فقرة ٥٧ ص ١٠٩ — ص ١١٠ .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٧٢ .

وإذا رجع الكفيل بالدعوى الشخصية على أحد المدينين الاثنين اللذين لم يضمنهما ، فإنه يرجع عليه إما بدعوى مدينه الذى ضمنه أى بالدعوى غير المباشرة ، أو بدعوى الإثراء بلا سبب . فإن رجع بالدعوى غير المباشرة ، فإنه يرجع كما كان يرجع هذا المدين ، أى بحصة المدين الذى يرجع عليه ونصيب هذا الأخير فى حصة من يعسر من المدينين المتضامنين ، لأن المدينين المتضامنين ينقسم الدين فيما بينهم عند رجوع أحدهم على الآخرين وتنقسم عليهم حصة المدين المعسر طبقاً لقواعد التضامن . وكذلك إذا رجع الكفيل بدعوى الإثراء بلا سبب ، فإنه يرجع بقدر ما استفاد المدين الذى يرجع عليه ، وهذا المدين لم يستفد إلا بقدر حصته فى الدين ونصيبه فى حصة من يعسر من المدينين المتضامنين ، فيرجع الكفيل على المدين هنا أيضاً بقدر حصة هذا المدين ونصيب هذا المدين فى حصة من يعسر[1] . وفى الحالتين يحتج المدين المتضامن الذى رجع عليه الكفيل بالدفوع التى كان يستطيع أن يحتج بها على المدين المتضامن الذى ضمنه الكفيل ، كما لو أبرئت ذمة المدين المتضامن الذى رجع عليه الكفيل[2] .

---

(١) نقض مدنى ٧ يناير سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ١ رقم ٢٤ ص ٦١ – ٢٤ أبريل سنة ١٩٥٢ مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض فى ٢٥ عاما الجزء الثانى ص ٩٣٧ – ص ٩٣٨ رقم ١٢ – جيوار فقرة ١٩٣ – بودرى وڤال فقرة ١١١٩ – محمد كامل مرسى فقرة ١١٦ – عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ١٢٣ – سليمان مرقس فقرة ١٢٨ – منصور مصطفى منصور فقره ٥٧ ص ١١٠ .

(٢) جيوار فقرة ١٩٣ – بودرى وڤال فقرة ١١٢٠ – عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ١٢٣ – وقد قضت محكمة النقض فى مصر بأنه إذا كان الثابت من نصوص عقد الإيجار والمحرر المثبت لالتزام كفيل أحد المستأجرين أن التأمين المشترك عن وفاء الأجرة هو بقدر أجرة سنة ، وأن الكفيل كفل أحد المستأجرين فى نصف مبلغ التأمين ، وأن المستأجر الآخر المتضامن معه قدم رهناً عقارياً عما يخصه فى التأمين ، وقبل المؤجر هذين التأمينين الشخصى والعينى . فإنه التكييف الصحيح لهذه الكفالة هو أنها كفالة شخصية مقصورة على المكفول ، وبقدر ما هو ملزم به . فإذا جعلتها المحكمة متعدية إلى الشريك فى الإجارة ، وألزمته بناء على ذلك بمقدار ما دفعه الكفيل عن مكفوله ، فهذا تكييف خاطئ يستوجب نقض الحكم . ذلك لأن القانون =

أما إذا رجع الكفيل بدعوى الحلول على أحد المدينين الاثنين اللذين لم يضمنهما ، باعتبار أن الكفيل قد حل محل الدائن وكان هذا يستطيع الرجوع على أى من هذين المدينين المتضامنين [1] ، فإن محكمة النقض الفرنسية كانت تذهب أولا إلى أن الكفيل يرجع بقدر حصة هذا المدين . وكانت تستند فى ذلك إلى أن المادة ٢٠٣٠ مدنى فرنسى ، وهى تطابق المادة ٨٠١ مدنى مصرى ، تقضى بأن الكفيل إذا ضمن جميع المدينين المتضامنين فإنه يرجع على أى منهم بجميع الدين ، فلا يرجع إذن على المدين الذى لم يضمنه إلا بقدر حصته فى الدين [2] . ثم رجعت محكمة النقض الفرنسية عن هذا القضاء ، وأصبحت تقضى بأن الكفيل يرجع على المدين الذى لم يضمنه

= يقضى بأن الكفيل الذى يضمن أحد المدينين المتضامنين يملك قبل من كفله منهم الحق فى المطالبة بجميع ما دفعه عنه عملا بالمادة ٥٠٥ مدنى ، وليس له قبل المدينين الآخرين إلا أحد سبيلين : (الأول) أن يستعمل باسم مكفوله حقه قبلهم فى المطالبة بما يجوز له أن يرجع به عليهم ، وذلك عملا بالمادة ١٤١ من القانون المدنى . (والثانى) أن يرجع عليهم بدعوى الإثراء على حساب الغير (actio de in rem verso) عملا بالمادة ١٤٤ (نقض مدنى ٢ يناير سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ١ رقم ٢٤ ص ٦١ — وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم) .

(١) بودرى وڤال فقرة ١١٢٢ — وقد نوقشت هذه المسألة فى لجنة الأستاذ كامل صدقى ، فقال أحد الأعضاء « إن هذه المسألة موضع خلاف ، ولإيضاح ذلك نضرب المثل الآتى : ا و ب و حـ مدينون متضامنون . كفيل كفل ا وحده ، فهل لهذا الكفيل حق الرجوع على ب و حـ ؟ يرى بعض الشراح أن الكفيل حق الرجوع على ب و حـ بكل الدين بموجب دعوى الحلول ، إذ أنه يحل محل الدائن فى كافة ما له من حقوق . بيد أن هذا الوضع يلحق ضررا بكل من ب و حـ ، إذ لولا الكفالة لما كان للمدين الذى وفى إلا الرجوع على كل منهما بحصته فى الدين فقط . وهذا هو السبب الذى حدا بالفريق الآخر من الشراح إلى نبذ هذا الرأى ومخالفته . فتساءل الرئيس عن موضوع الضرر الذى يمكن أن يلحق بكل من ب و حـ ، مع أن لهما حق الرجوع على ا » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٥٤٩ فى الهامش) .

(٢) نقض فرنسى ١٩ أبريل سنة ١٨٥٤ داللوز ٥٤ — ١ — ٢٩٣ — ١٠ يونيه سنة ١٨٦١ داللوز ٦١ — ١ — ٣٦١ — ٧ مارس سنة ١٨٨٧ داللوز ٨٧ — ١ — ٢٧١ — وانظر بودرى وڤال فقرة ١١٢٣ .

بكل الدين[1] . ولا حجة فيما يقال من أن المدين الذى لم يضمنه الكفيل يضار من أن مديناً آخر متضامناً معه قدم كفيلا ، ذلك أن هذا الكفيل إذا رجع على المدين الذى لم يضمنه بكل الدين فإن هذا المدين لم يضار ، إذ أن الدائن كان يرجع عليه بكل الدين فحل الكفيل محله فى ذلك . هذا إلى أنه لو دفع أجنبى الدين للدائن واتفق معه على حلول اختيارى ، لرجع الأجنبى دون شك على أى مدين متضامن بكل الدين ، فأولى أن يرجع الكفيل بكل الدين على أى مدين متضامن ولو لم يضمنه ، عن طريق الحلول القانونى ، ومصلحته فى وفاء الدين أوضح من مصلحة الأجنبى .

ونرى أن قضاء محكمة النقض الفرنسية الأخير ، بعد أن عادت عن رأيها الأول ، هو التطبيق الصحيح لقواعد الحلول . فإن الكفيل الذى وفى الدائن كل الدين يحل محله فيما وفاه ، وكان الدائن يرجع على أى من المدينين المتضامنين بكل الدين ، فكذلك يرجع الكفيل كما كان يرجع الدائن على أى من المدينين المتضامنين ، سواء من ضمنه الكفيل ومن لم يضمنه ، بكل الدين . وعلى ذلك إذا رجع الكفيل بدعوى الحلول ، فسواء ضمن كل المدينين المتضامنين أو ضمن بعضهم فقط ، فانه يرجع على أى منهم ، ضمنه أو لم يضمنه ، بكل الدين[2] .

فإذا كان هناك مدينون ثلاثة متضامنون فى دين مقداره ٣٠٠ جنيه بالتساوى فيما بينهم ، وكفل المدين الأول منهم كفيل ، ووفى الكفيل الدين

---

(١) نقض فرنسى ٦ يوليه سنة ١٩٩٦ داللوز ٩٦ - ١ - ٤٥٥ - ٢١ يناير سنة ١٩٣٥ سيريه ١٩٣٥ - ١ - ١١٠ - ٢٦ مايو سنة ١٩٣٦ داللوز الأسبوعى ١٩٣٦ - ٣٧٩ - وانظر فى هذا المعنى بيدلن وفواران ١٣ فقرة ١١٠ - بلانيول وريبير وساڤاتييه فقرة ١٠٤١ - بلانيول وريبير وبولانجيه ، فقرة ١٩٥٥ .

(٢) أنظر فى هذا المعنى عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ١٢٣ - سليمان مرقس فقرة ١٢٨ ص ١٤٣ - ص ١٤٤ - منصور مصطفى منصور فقرة ٥٧ ص ١١٢ - وانظر عكس ذلك وأن الكفيل يرجع فقط بمقدار حصة المدين لابكل الدين محمد كامل مرسى فقرة ١١٦ ص ١٦٧ - محمد على إمام فقرة ٨٨ .

للدائن ، فإنه يرجع على المدين الأول الذى ضمنه بكل الدين أى بمبلغ ٣٠٠ جنيه ما فى ذلك من شك . وكذلك له أن يرجع على أى من المدين الثانى والمدين الثالث بكل الدين كما قدمنا . فإذا ما رجع على المدين الثانى مثلا بكل الدين ، كان لهذا المدين الثانى أن يرجع على المدين الأول الذى ضمنه الكفيل بحصته فى الدين أى بمبلغ ١٠٠ جنيه . فإذا كان المدين الأول معسراً ، رجع لمدين الثانى على كفيله . فاختصاراً فى الإجراءات يرجع الكفيل للمدين الأول المعسر على المدين الثانى بمبلغ ٢٠٠ جنيه . ثم يرجع المدين الثانى على المدين الثالث بمبلغ ١٠٠ جنيه حصته فى الدين . أما إذا كان المدين الثالث هو المعسر ، فإن الكفيل يرجع على المدين الثانى بكل الدين وهو ٣٠٠ جنيه ، ويرجع المدين الثانى على المدين الأول بمبلغ ١٥٠ جنيه ، إذ يتحمل المدينان الأولان ، لا الكفيل ، حصة المدين الثالث المعسر الذى لم يضمنه أحد[1] .

ويخلص مما تقدم أن الكفيل يرجع بدعوى الحلول على أى من المدينين المتضامنين بكل الدين ، سواء ضمنهم كلهم أو ضمن بعضهم فقط . أما إذا رجع بالدعوى الشخصية ، فإنه يجب التمييز بين ما إذا كان الكفيل قد ضمن كل المدينين المتضامنين أو ضمن بعضهم دون بعض آخر . فإن كان قد ضمن كل المدينين المتضامنين ، فإنه يرجع على أى منهم بكل الدين . أما إذا كان قد ضمن بعضهم فقط ، فإنه يرجع على المدين الذى ضمنه بكل الدين ، ويرجع على المدين الذى لم يضمنه بقدر حصته فى الدين .

المطلب الثانى

العلاقة فيما بين الكفيل والملتزمين بالدين

٧٤ — المقصود بالملتزمين بالدين : إذا وفى الكفيل الدين عن المدين ،

---

(١) انظر فى هذا المعنى كولان وكابيتان ودى لاموراندبير ، فقرة ٩٨٤ — عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ١٢٣ — سليمان مرقس فقرة ١٢٨ ص ١٤٤ - وانظر عكس ذلك منصور مصطفى منصور فقرة ٥٧ ص ١١٢ هامش ٢ .

فقد يجد أمامه للرجوع عليه ، ليس فحسب المدين الذى كفله ، بل أيضاً كفلاء للدين غيره إذ يكون للدين كفلاء متعددون . وقد يكون أجنبى رهن مالا له فى الدين ، وهذا هو الكفيل العينى ، فيرجع عليه الكفيل الشخصى الذى وفى الدين للدائن . وقد يكون المدين رهن عقاراً فى الدين رهناً رسمياً ثم باع العقار المرهون ، فيصبح المشترى وهو الحائز للعقار (tiers détenteur) مسئولا عن الدين فيرجع عليه الكفيل .

فنبحث إذن رجوع الكفيل الذى وفى الدين على : (١) الكفلاء الشخصيين الذين كفلوا الدين معه . (٢) الكفيل العينى والحائز للعقار .

§ ١ – رجوع الكفيل الذى وفى الدين على الكفلاء الشخصيين الذين كفلوا الدين معه

٧٥ — نص قانونى : تنص المادة ٧٩٦ مدنى على ما يأتى :

« إذا كان الكفلاء متضامنين فيما بينهم ووفى أحدهم الدين عند حلوله ، كان له أن يرجع على كل من الباقين بحصته فى الدين وبنصيبه فى حصة المعسر منهم »[١] .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١١٥٢ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٨٦٤ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٨٦٣ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٧٩٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٥٢٩ – ص ٥٣٠) .

ويقابل النص فى التقنين المدنى السابق المادة ٦١٨/٥٠٦ : وإذا وجد كفلاء متضامنون ، فالذى أدى جميع الدين منهم عند حلول أجله له أن يطلب من كل من باق الكفلاء أن يؤدى له حصته من الدين مع تأدية ما يخصه من حصة المعسر منهم .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٧٦٢ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٨٠٤ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ١٠٣٢ (موافق) .

قانون الموجبات والعقود اللبنانى م ١٠٨٢ (موافق) .

وهذا النص مقصور على حالة واحدة من حالات تعدد الكفلاء الشخصيين الذين يضمنون ديناً واحداً . وهى حالة ما إذا كان هؤلاء الكفلاء متضامنين فيما بينهم . وقد سبق أن استعرضنا حالة تعدد الكفلاء لدين واحد إذا كانوا غير متضامنين فيما بينهم ، سواء التزموا بعقد واحد أو بعقود متوالية ، فأوردنا نص المادة ٧٩٢ مدنى فى هذا الشأن وهى تجرى على الوجه الآتى : « ١ – إذا تعدد الكفلاء لدين واحد وبعقد واحد وكانوا غير متضامنين فيما بينهم ، قسم الدين عليهم ، ولا يجوز للدائن أن يطالب كل كفيل إلا بقدر نصيبه فى الكفالة . ٢ – أما إذا كان الكفلاء قد التزموا بعقود متوالية ، فإن كل واحد منهم يكون مسئولا عن الدين كله ، إلا إذا كان قد احتفظ لنفسه بحق التقسيم » .[١] وبينا أنه إذا كان الكفلاء قد التزمو بعقود متوالية ، فإن كلا منهم يكون مسئولا عن كل الدين ، ولكن لا على سبيل التضامن ، بل على سبيل التضامم (in solidum)[٢].

وعلى ذلك إذا تعدد الكفلاء لدين واحد ، فإما أن ينقسم الدين بينهم ولا يكون كل منهم مسئولا إلا بقدر نصيبه فى الكفالة ، أو لا ينقسم الدين ويكون كل منهم مسئولا عنه بأكمله إما على سبيل التضامن أو على سبيل التضامم . فنبحث كلا من الحالتين .

٧٦ — الحالة الأولى — تعدد الكفلاء وانقسام الدين بينهم : قدمنا[٣] أنه إذا تعدد الكفلاء وكانوا جميعاً قد التزموا كفالة الدين بعقد واحد ، فالمشرع يتخذ من وحدة العقد دليلا على أن كل كفيل قد اعتمد على الكفلاء الآخرين ، فينقسم الدين فيما بين الكفلاء المتعددين بقوة القانون . ويشترط لذلك : (١) أن يتعدد الكفلاء الشخصيون ، (٢) وأن يكفل الكفلاء المتعددون

---

(١) انظر آنفا فقرة ٤٠ .

(٢) انظر آنفا فقرة ٤٢ .

(٣) انظر آنفا فقرة ٤١ .

نفس الدين . (٣) وأن يكفلوا نفس المدين . (٤) وألا يكونوا متضامنين فيما بينهم[١] .

وعلى ذلك لا يكون كل كفيل ملتزماً إلا بقدر نصيبه فى الكفالة . فإذا وفى هذا النصيب للدائن ، لم يرجع بشىء على الكفلاء الآخرين لأنه لم يف بأنصبائهم فى الدين بل وفى بنصيبه وحده . وإنما يرجع على المدين الذى كفله بمقدار ما وفى عنه من الدين ، إما بالدعوى الشخصية أو بدعوى الحلول . وقد سبق بيان ذلك . وهو إذا وفى بنصيب أحد الكفلاء الآخرين ، وهو غير مسئول عن هذا النصيب كما قدمنا ، لم يستطع الرجوع عليه بدعوى الحلول ، وإنما يرجع عليه بالدعوى الشخصية المبنية على الإثراء بلا سبب ، فيرجع بأقل القيمتين ، القيمة التى دفعها ومقدار ما أفاد منه هذا الكفيل[٢] .

وإذا أعسر أحد الكفلاء ، لم يتحمل أحد من الباقين أى نصيب فى حصة المعسر ، بل يتحمل الدائن وحده حصة الكفيل المعسر[٣] .

٧٧ — الحالة الثانية — تعدد الكفلاء مع التضامن أو التضامم فيما بينهم :

أما إذا تعدد الكفلاء متضامنين أو متضامين فيما بينهم ، فلا فرق فى الحكم بين حالة التضامن وحالة التضامم ، لا فى مسئولية كل كفيل نحو الدائن عن كل الدين ، ولا فى رجوع الكفيل على كل من الكفلاء الباقين بحصته فى الدين وبنصيبه فى حصة المعسر[٤] . وقد تكفل ببيان الحكم الأول

---

(١) انظر فى التفصيل فقرة ٤١ .

(٢) عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ١٢٧ — سليمان مرقس فقرة ١٣٠ — منصور مصطفى منصور فقرة ٥٨ .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٤١ فى آخرها فى الهامش .

(٤) وقد قضت محكمة النقض بأن الكفيل المتضامن ، وإن كان ينفقد بعض المزايا المقررة للكفيل العادى والتى لا تتفق أساساً مع فكرة التضامن ، إلا أنه يظل ملتزماً التزاماً تابعاً يتحدد نطاقه ، طبقاً للقواعد العامة ، بموضوع الالتزام الأصلى فى الوقت الذى عقدت فيه الكفالة (نقض مدنى ٥ أبريل سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ رقم ١٠٧ ص ٧٩٧) .

وهو مسئولية كل كفيل عن كل الدين الفقرة الثانية من المادة ٧٩٢ مدنى ، وتكفل ببيان الحكم الثانى وهو رجوع الكفيل على كل من الكفلاء الآخرين بحصته وبنصيبه فى حصة المعسر المادة ٧٩٦ مدنى . ولا فرق بين الالتزام التضامنى والالتزام التضامى إلا فى أنه فى الالتزام التضامنى تجمع بين المدينين المتضامنين وحدة المصلحة المشتركة وهذه المصلحة هى التى تبرر أن كل مدين متضامن يمثل الآخرين فيما ينفعهم لا فيما يضرهم . أما فى الالتزام التضامى فلا توجد مصلحة مشتركة بين المدينين المتضامنين فلا يقوم هذا التمثيل بينهم حتى فيما ينفعهم[1] .

لذلك نتكلم فى الحالتين فيما يلى كأنهما حالة واحدة[2] . فنبحث : (١) رجوع الكفيل الذى وفى الدين على كل من الكفلاء الآخرين وأساس هذا الرجوع . (٢) شروط هذا الرجوع . (٣) مقدار مايرجع الكفيل به .

٧٨ — رجوع الكفيل الذى وفى الدين على كل من الكفلاء الآخرين — أساس هذا الرجوع : المفروض هنا أن كل كفيل من الكفلاء المتعددين مسئول عن كل الدين تجاه الدائن ، إما لأنه متضامن مع الكفلاء الآخرين أو لأنه متضام معهم . فيجوز إذن للدائن أن يرجع بكل الدين على أى كفيل من هؤلاء الكفلاء المتعددين ، ويلتزم هذا الكفيل بوفاء الدين كله للدائن . بعد أن يدفع الكفيل بوجوب رجوع الدائن أولا على المدين وبوجوب تجريد هذا المدين إذا كان له حق فى هذين الدفعين ، وبعد أن يدفع رجوع الدائن عليه بالدفوع التى يحق له التمسك بها[3] . فإذا لم ينجح الكفيل فى دفع دعوى الدائن أو لم يدفعها بدفع ما فحكم عليه بكل الدين ، أو تقدم الكفيل

---

(١) انظر الوسيط ٣ فقرة ١٧٦ ص ٢٨٧ — ص ٢٨٨ .

(٢) انظر فى هذا المعنى عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ١٢٨ .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٤٣ — فقرة ٥٠ .

مختاراً للدائن ووفى كل الدين ، فعندئذ يحق له الرجوع على كل من الكفلاء الآخرين .

وتقول المادة ٧٩٦ مدنى كما رأينا[١] . فيما إذا كان الكفلاء متضامنين فيما بينهم ، إن للكفيل الذى وفى الدين كله عند حلوله « أن يرجع على كل من الباقين بحصته فى الدين وبنصيبه فى حصة المعسر منهم » . وهذا هو الحكم أيضاً فيما إذا كان الكفلاء متضامين لا متضامنين ، فيجوز للدائن أن يرجع بكل الدين على أى كفيل منهم . ولهذا الكفيل أن يرجع على كل من الباقين بحصته فى الدين وبنصيبه فى حصة المعسر . والكفلاء ، متضامنين أو كانوا أو متضامين ، ليسوا إلا مدينين للدائن متضامنين أو متضامين . وقد قدمنا ألا فرق بين المدينين المتضامنين والمدينين المتضامين إلا فى وحدة المصلحة المشتركة ، ولسنا الآن فى صددها .

وأساس رجوع الكفيل الذى وفى بكل الدين على الكفلاء الآخرين هو نفس أساس رجوع المدين المتضامن أو المدين المتضام على المدينين الآخرين ، فيرجع الكفيل الذى وفى بكل الدين على كل مدين من المدينين الآخرين إما بالدعوى الشخصية أو بدعوى الحلول[٢] .

فاذا رجع بالدعوى الشخصية ، فإنه يرجع بدعوى الوكالة أو بدعوى الفضالة أو بدعوى الإثراء بلا سبب ، وتسرى هنا قواعد رجوع المدين المتضامن إذا وفى بكل الدين على سائر المدينين المتضامنين . وإذا رجع بدعوى الحلول ، فإنه يحل محل الدائن الذى وفاه الدين[٣] ، ولكنه يرجع على كل

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٧٥ .

(٢) عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ١٢٩ – سليمان مرقس فقرة ١٣١ – فقرة ١٣٢ .

(٣) وذلك تطبيقاً للمادة ٣٢٦ (١) لأن الكفيل ملزم بكل الدين مع الكفلاء الآخرين ، وكذلك تطبيقاً للمادة ٧٩٩ وتقضى بأنه إذا وفى الكفيل الدين كان له أن يحل محل الدائن فى جميع ما له من حقوق قبل المدين مضمونة بما يكفلها من تأمينات ، ومن هذه التأمينات كفالة الكفلاء الآخرين (عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ١٢٩) .

كفيل متضامن معه أو متضام بقدر حصته فى الدين وبنصيبه فى حصة المعسر كما سنرى .

٧٩ – شروط هذا الرجوع : ويشترط فى رجوع الكفيل على باقى الكفلاء ، سواء بالدعوى الشخصية أو بدعوى الحلول ، أن يكون هذا الكفيل قد وفى الدين كله للدائن ، وأن يكون هذا الوفاء مبرئاً لذمة الكفلاء الآخرين نحو الدائن .

فيجب أولا أن يكون الكفيل قد وفى الدين كله للدائن عند حلوله . وقد يقضى الكفيل الدين بما يقوم مقام الوفاء ، كالوفاء بمقابل والتجديد والمقاصة . ولا يكفى أن يخشى الكفيل أن يكون رجوعه على الكفلاء الآخرين مهدداً بالخطر ، فيرجع عليهم قبل أن يفى بالدين للدائن ، بل يجب أن يكون الكفيل قد قضى الدين فعلا بالوفاء أو بما يقوم مقام الوفاء[1] . وإذا اقتصر الكفيل على دفع حصته فى الدين وقبل الدائن منه ذلك ، لم يرجع الكفيل بشىء على سائر الكفلاء . لكن إذا دفع الكفيل للدائن أكثر من حصته دون أن يفى بكل الدين وقبل الدائن منه هذا الوفاء الجزئى ، كان للكفيل أن يرجع بما زاد على حصته على سائر الكفلاء ، كل بنسبة حصته فى الدين[2] . وعبء إثبات الوفاء يقع على عاتق الكفيل الذى يتمسك بهذا الوفاء ، ويكون الإثبات طبقاً للقواعد العامة المقررة فى الإثبات ، فلا يجوز إثبات الوفاء بما يزيد على النصاب القانونى للبينة إلا بالكتابة أو بما يقوم مقام الكتابة[3] .

ويجب ثانياً أن يكون هذا الوفاء مبرئاً لذمة الكفلاء الآخرين نحو الدائن[4].

---

(١) جيوار فقرة ٢١١ – بودرى وفال فقرة ١١٣٣ .

(٢) استئناف مختلط ١٢ فبراير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ١٤٦ – جيوار فقرة ٢١٢ – بودرى وفال فقرة ١١٣٥ – پلانيول وريپير وساڤاتييه فقرة ١٥٤٤ ص ٩٩٧ .

(٣) بودرى وفال فقرة ١١٣٦ .

(٤) پون ٢ فقرة ٣١٢ – فقرة ٣١٣ – لوران ٢٨ فقرة ٢٦٦ – جيوار فقرة =

فإذا كان الوفاء باطلا لم يكن مبرئاً للذمة ولا يعتد به ، ولا يجوز للكفيل الذى قام بهذا الوفاء الباطل أن يرجع على بقية الكفلاء . وحتى لو كان الوفاء صحيحاً ورجع الكفيل الذى قام بهذا الوفاء الصحيح على كفيل آخر ، وكان لهذا الكفيل الآخر أن يتمسك بدفع يبرئ ذمته غير هذا الوفاء ، لما جاز الرجوع[1] . وذلك كأن يكون الدائن قد أبرأ هذا الكفيل من الكفالة[2] ، أو أن يكون عقد كفالته باطلا أو قابلا للإبطال ، أو أن يكون الدين المكفول باطلا أو قابلا للإبطال أو انقضى بسبب من أسباب الانقضاء ووفى الكفيل الذى يريد الرجوع دون نظر إلى شىء من ذلك[3] .

٨٠ — **مقدار ما يرجع الكفيل به :** رأينا[4] أن المادة ٧٩٦ مدنى تنص على أنه « إذا كان الكفلاء متضامنين فيما بينهم ووفى أحدهم الدين عند حلوله ، كان له أن يرجع على كل من الباقين بحصته فى الدين وبنصيبه فى

= ٢١٢ — بودرى وڤال فقرة ١١٣٤ — بلانيول وريبير وساڤاتييه فقرة ١٥٤٤ ص ٩٧٧ — محمد كامل مرسى فقرة ١١٧ ص ١٦٩ .

(١) أوبرى ورو ٦ فقرة ٤٢٨ ص ٢٩٤ .

(٢) بودرى وڤال فقرة ١١٢٨ مكررة — عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ١٣٠ — ولكن يصح للكفيل الذى يريد الرجوع على الكفيل الآخر الذى أبرئت ذمته أن يرجع على الدائن ، إذ أن هذا الأخير قد أبرأ ذمة الكفيل فأضاع شيئاً من تأمينات الكفيل الذى وفى بالدين (بودرى وڤال فقرة ١١٢٨ مكررة — عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ١٣٠) .

(٣) وقد يكون الدين المكفول لم يحل أجله ويدفعه الكفيل قبل حلول الأجل ، فلا يستطيع الرجوع على غيره من الكفلاء إلا عند حلول الأجل (محمد كامل مرسى فقرة ١١٧ ص ١٦٩ — عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ١٣٠) — وإذا كان الكفيل الذى وفى الدين قد ارتكب تقصيراً ، كأن لم يخطر الدائن بعزمه على الوفاء فقام المدين بالوفاء مرة ثانية ، لم يجز للكفيل الرجوع على غيره من الكفلاء ، لأن وفاء الكفيل لم يبرئ ذمة الكفلاء الآخرين بل الذى أبرأ ذمتهم هو وفاء المدين (عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ١٣٠ — سليمان مرقس فقرة ١٣١ ص ١٤٧ — ص ١٤٨) .

(٤) انظر آنفاً فقرة ٧٥ .

حصة المعسر منهم » . وليس هذا النص إلا تطبيقاً تشريعياً للقواعد العامة فى التضامن ما بين المدينين المتضامنين إذا رجع أحدهم على الباقين ، إذ أن الكفلاء المتضامنين ليسوا إلا مدينين متضامنين تجاه الدائن . وتنص المادة ٢٩٧ مدنى فى هذا الصدد على أنه « ١ — إذا وفى أحد المدينين المتضامنين كل الدين ، فلايجوز له أن يرجع على أى من الباقين إلا بقدر حصته فى الدين ، ولو كان بما له من حق الحلول قد رجع بدعوى الدائن . ٢ — وينقسم الدين إذا وفاه أحد المدينين حصصاً متساوية بين الجميع ، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك » . وتنص المادة ٢٩٨ مدنى على أنه « إذا أعسر أحد المدينين المتضامنين ، تحمل تبعة هذا الإعسار المدين الذى وفى بالدين وسائر المدينين الموسرين ، كل بقدر حصته » . والمدينون المتضامون ، (in solidum) فى هذا كالمدينين المتضامنين ، إذ قدمنا أنه لا يقترن أحد الفريقين عن الفريق الآخر إلا فى المصلحة المشتركة وتمثيل أحد المدينين لسائرهم فيما ينفع ، ورجوع أحد المدينين على الباقى لا علاقة له بهذا التمثيل .

فإذا وفى أحد الكفلاء المتضامنين أو المتضامين[1] كل الدين للدائن ، رجع على باقى الكفلاء كل بقدر حصته فى الدين ، سواء رجع بالدعوى الشخصية أو بدعوى الحلول[2] . وتتعين حصص الكفلاء فى الدين بموجب

---

(١) انظر فى تطبيق حكم الكفلاء المتضامنين على الكفلاء المتضامين لاتحاد العلة وأن ما يرجع به الكفيل فى الحلول القانونى هو ما يرجع به فى الحلول الاتفاقى : عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ١٣١ — سليمان مرقس فقرة ١٣٢ — منصور مصطفى منصور فقرة ٥٩ ص ١١٣ .

(٢) وقد كان منطق دعوى الحلول يقتضى أن يرجع الكفيل بما كان يرجع به الدائن نفسه ، أ يرجع بكل الدين على أى كفيل آخر متضامن أو متضام بعد أن يستنزل حصته هو من الدين . ولكن العمل بمقتضى هذا المنطق يؤدى إلى سلسلة من دعاو للرجوع لا مبرر لها . فلو أن الكفلاء المتضامنين أو المتضامين كانوا مثلا خمسة حصصهم فى الدين متساوية ، وكان الدين خمسة آلاف ، ووفى أحدهم كل الدين للدائن وحل محله فيه ، فإن منطق دعوى الحلول يقتضى كما قلنا أن يرجع الكفيل الذ وفى الدين على أحد الكفلاء المتضامنين أو المتضامين بأربعة آلاف ، وهذا =

الاتفاق فيما بينهم منذ نشوء الدين فى ذمتهم أو بموجب نص فى القانون . فإذا لم يوجد اتفاق أو نص ، لم يبق إلا جعل حصص الكفلاء جميعاً متساوية ، إذ لا مبرر لجعل حصة أكبر من الأخرى .

ويتحمل الكفلاء المتضامنون أو المتضامون حصة المعسر منهم ، فتنقسم هذه الحصة بينهم بنسبة الحصة الأصلية لكل منهم فى الدين ، ويرجع الكفيل الذى وفى كل الدين على أى من الكفلاء الموسرين بمقدار حصته وبنصيبه فى حصة المعسر . فلو أن الكفلاء المتضامنين أو المتضامين كانوا ثلاثة ، وكان الدين ثلاثة آلاف على كل منهم الثلث ، ووفاه كله واحد منهم ، فإنه يرجع على كل من الاثنين الآخرين بألف . فلو كان واحد منهما معسراً رجع الكفيل الدافع على الكفيل الموسر بألف وخمسمائة ، ألف هى حصة الكفيل الموسر فى الدين وخمسمائة هى نصيبه فى حصة الكفيل المعسر[1] . ويذهب الفقه الفرنسى إلى أن العبرة فى قيام الإعسار تكون

= الثانى يرجع على الثالث بثلاثة آلاف ، وهذا الثالث يرجع على الرابع بألفين ، وهذا الرابع يرجع على الخامس بألف . فالأولى من الناحية العملية أن يقسم الكفيل الأول منذ البداية الدين على الكفلاء الأربعة ، ويرجع على كل منهم بألف . ولا ضير عليه من هذا التقسيم ، فإنه إذا وجد أحدهم معسرا رجع على الثلاثة الموسرين بنصيب كل منهم فى حصة المعسر كما سنرى . هذا إلى أن المنطق الذى أوردناه لدعوى الحلول يعارضه منطق آخر للدعوى نفسها . وذلك أن الكفيل الذى وفى الدين فى المثل المتقدم ، إذا رجع على أحد الكفلاء الأربعة بأربعة آلاف ، كان لهذا الكفيل الثانى بعد أن يدفع الأربعة الآلاف للكفيل الأول أن يحل هو أيضاً محل الدائن قبل هذا الكفيل الأول بالذات بعد أن يستنزل حصته من الدين ، فيرجع عليه بثلاثة آف . فيكون الكفيل الأول قد استوفى من الكفيل الثانى أربعة آلاف ثم وفاه ثلاثة آلاف فى دعويين متتابعين ، فخلص له من كل ذلك ألف ، فالأولى إذن أن يستوفى هذا الألف منذ البداية وفى دعوى واحدة (الوسيط ٣ فقرة ٢٠٦ ص ٣٦١ – ص ٣٦٢) .

(١) وإذا أبرأ الدائن أحد الكفلاء المتضامنين أو المتضامين من الدين أو من التضامن أو من التضامم ، فإن هذا الكفيل ، ما لم يخله الدائن من المسئولية ، يتحمل هو أيضاً نصيبه فى حصة المعسر (الوسيط ٣ فقرة ٢٠٧ ص ٣٦٤) .

بالوقت الذى وفى فيه الكفيل الدين للدائن . فقد نشأ حقه فى الرجوع على الكفلاء الآخرين بما فى ذلك تقسيم حصة المعسر على الموسرين فى هذا الوقت . فإذا كان الكفلاء الآخرون موسرين وقت الوفاء للدائن ، وتأخر الكفيل الذى وفى الدين فى الرجوع عليهم حتى أعسر واحد منهم ، فالكفيل الذى وفى الدين هو وحده الذى يتحمل حصة هذا المعسر جزاء تأخره فى الرجوع عليه[1] . ويحسن التحفظ فى هذا الرأى . فقد يطالب الدائن أحد الكفلاء المتضامنين أو المتضامنين بكل الدين . فيبادر هذا الكفيل إلى إدخال باقى الكفلاء فى الدعوى ليحكم على كل بحصته فى الدين ، ويكون الكفلاء جميعاً موسرين وقت تنفيذ الدائن بالدين كله على أموال الكفيل الذى رفع عليه الدعوى ، ثم يعسر أحد الكفلاء قبل أن يتمكن الكفيل الذى وفى الدين من استيفاء حصة هذا الكفيل الذى أعسر . فهنا لا يمكن أن ينسب أى تقصير إلى الكفيل الذى وفى الدين ، وليس من العدل أن يتحمل وحده حصة الكفيل المعسر . من أجل ذلك يحسن القول بأن الأصل فى الإعسار أن يقوم وقت الوفاء للدائن ، فإذا وقع من هذا الوقت تحمل الكفيل الذى وفى الدين وحده حصة المعسر ، إلا إذا أثبت أنه لم يقصر إطلاقاً فى المحافظة على حقه ضد الكفيل المعسر[2] .

§ ٢ – رجوع الكفيل الذى وفى الدين على الكفيل العينى وعلى الحائز للعقار

٨١ – رجوع الكفيل الذى وفى الدين على الكفيل العينى : الكفيل العينى ، كالكفيل الشخصى ، يعتبر كفيلا لا مديناً أصلياً . ويفترق عن

---

(١) ديمولومب ٢٦ فقرة ٤٣٥ – بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢٦٠ – دى باج ٣ فقرة ٣٦٩ ص ٣٣٤ .

(٢) انظر الوسيط ٣ فقرة ٢٠٧ ص ٣٦٥ .

الكفيل الشخصى فى أنه غير مسئول عن الدين إلا بمقدار قيمة المال الذى رهنه تأميناً للدين ، فى حين أن الكفيل الشخصى يكون عادة مسئولا عن كل الدين .

وما دام الكفيل العينى يعتبر كفيلا ، فإنه إذا وفى الدين ، كان له الرجوع على الكفلاء الآخرين شخصيين وعينيين ، كما يرجع أى كفيل وفى الدين . وكذلك إذا وفى الدين كفيل آخر غير الكفيل العينى ، فإنه يرجع على الكفيل العينى بمقدار حصته فى الدين .

يبقى أن نحدد حصة الكفيل العينى فى الدين . ولما كان هذا الكفيل غير مسئول عن الدين إلا بمقدار قيمة المال الذى رهنه فى الدين ، فإذا كانت هذه القيمة تساوى الدين أو أكثر كانت مسئوليته عن الدين بمقدار مسئولية الكفيل الشخصى . أما إذا كانت أقل من قيمة الدين بأن كانت مثلا ثلثى الدين ، فإن حصته فى الدين تحسب بنسبة هذه القيمة . فاذا كان الدين مثلا ثلاثة آلاف ، وله كفيل شخصى بكل الدين ، وكفيل عينى رهن فى الدين عقاراً قيمته ألفان ، حسبت حصة الكفيل العينى فى الدين بمقدار ثلثى حصة الكفيل الشخصى ، فتكون حصة الكفيل الشخصى فى الدين ثلاثة أخماس ، أما حصة الكفيل العينى فخمسان . وعلى هذا الأساس إذا وفى الكفيل الشخصى الدين ، فإنه يرجع على الكفيل العينى بمقدار خمسى الدين ، ويتحمل هو ثلاثة الأخماس[1] .

وإذا فرض أن الدين ألفان ، ضمنه كفيلان شخصيان كل منهما مسئول عن كل الدين ، وكفيل عينى رهن عقاراً قيمته ألف ، كانت حصة كل من الكفيلين الشخصيين فى الدبن ضعف حصة الكفيل العينى ، وينقسم الدين

---

(١) بيدان وفواران فقرة ١٢٥ – أوبرى ورو ٦ فقرة ٤٢٨ ص ٢٩٤ – پلانيول وريپير وساڤاتييه فقرة ١٥٤٦ – پلانيول وريپير وبولانچيه ٢ فقرة ١٩٦٣ – منصور مصطفى منصور فقرة ٦٠ .

بينهم فيكون كل من الكفيلين الشخصيين مسئولا عن ثمانمائة ويكون الكفيل العيني مسئولا عن أربعمائة . وإذا دفع أحد الكفيلين الشخصيين كل الدين للدائن ، فإنه يرجع بثمانمائة على الكفيل الشخصي الثاني ، وبأربعمائة على الكفيل العيني . فإذا وجد الكفيل الشخصي الذي دفع كل الدين الكفيل الشخصي الآخر معسراً ، قسّم حصة هذا الكفيل المعسر وهي ثمانمائة بينه وبين الكفيل العيني بنسبة الثلثين يتحملهما هو والثلث يتحمله الكفيل العيني . يتحمل الكفيل العيني من الدين حصته وهي أربعمائة ، ونصيبه في حصة الكفيل المعسر وهو $\frac{٨٠٠}{٣}$ أي $\frac{٢}{٣}$ ٢٦٦ . فيكون مجموع ما يتحمله الكفيل العيني هو $\frac{٢}{٣}$ ٦٦٦ ، وهذا المبلغ يخرج من قيمة العقار الذي رهنه وهو ألف كما قدمنا .

٨٢ — رجوع الكفيل الذي وفى الدين على الحائز للعقار : قدمنا أن الحائز للعقار هو من تنتقل إليه ملكية عقار رهنه المدين في الدين . فإذا وفى الكفيل بالدين ، حل محل الدائن في هذا الرهن ، وكان له أن يتتبع العقار في يد الحائز وينفذ عليه بمقدار ما دفعه من الدين ، متقدماً في ذلك على سائر دائني الحائز للعقار ، لأنه حل محل الدائن في الرهن الذي يثقل هذا العقار .

والقاعدة أن الكفيل يرجع على الحائز إذا هو وفى الدين ، لأنه يحل محل الدائن في الرهن الذي يثقل العقار ، ولكن الحائز لا يرجع على الكفيل إذا هو وفى الدين . ذلك بأن الكفيل كان يعتمد على العقار الذي رهنه المدين في الدين ، فلما انتقلت ملكية هذا العقار إلى الحائز لم يكن من شأن انتقال ملكيته إلى غير المدين أن يقلل من اعتماد الكفيل على العقار ولا أن يغير من موقفه بالنسبة إلى هذا الضمان . ولذلك قلنا إن الكفيل يرجع على الحائز للعقار . أما إذا وفى الحائز للعقار الدين ، فإنه يكون قد ارتكب خطأ ، إذ كان في وسعه أن يطهر العقار من الرهن ، وبذلك يطمئن إلى حقوقه

دون حاجة للرجوع على الكفيل . وبين الكفيل الذى اعتمد على العقار المرهون ولم يرتكب خطأ فى هذا الاعتماد ، والحائز للعقار الذى لم يطهر العقار فارتكب خطأ بوفائه للدين دون اللجوء إلى التطهير . يكون الكفيل هو الأولى بالرعاية . لذلك إذا كان الكفيل الذى وفى الدين يرجع على الحائز للعقار كما قدمنا ، فإن الحائز للعقار الذى وفى الدين لا يرجع على الكفيل[1] . وكذلك لا يرجع الحائز للعقار على الكفيل العينى ، لنفس الأسباب التى من أجلها لا يرجع على الكفيل الشخصى[2].

وعلى ذلك إذا كان الدين مقداره ألفان ، وله كفيل شخصى ، ورهن المدين عقاراً قيمته ألفان فى هذا الدين وباع هذا العقار لحائز ، فإن الكفيل الشخصى إذا وفى الدين يرجع على الحائز للعقار ، وينفذ على العقار المرهون بما وفاه من الدين . وقد كان فى استطاعة الدائن ، وقت أن استوفى الدين من الكفيل ، أن يحول حقه إلى هذا الكفيل ، فيكون للكفيل الحق فى الرجوع على العقار المرهون . فأثر وفاء الكفيل للدين مع الحلول محل الدائن هو نفس أثر تحويل الدائن حقه للكفيل عند ما يستوفى الدين منه .

---

(١) بودرى وڤال فقرة ١١١٥ – پلانيول وريپير وساڤاتييه فقرة ١٥٤٥ .

(٢) أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٢١ ص ٢٨٩ هامش ٨٤ .

الفصل الثالث

انقضاء الكفالة

---

٨٣ — انقضاء الكفالة بطريق تبعي وانقضاؤها بطريق أصلي : تنقضي الكفالة بطريق تبعي إذا انقضي الدين المكفول ، ولما كانت الكفالة تابعة لهذا الدين فإن انقضاءه يستتبع انقضاءها . وتنقضي الكفالة بطريق أصلي إذا انقضت هي ذاتها بسبب من أسباب انقضاء الدين ، دون أن ينقضي الدين المكفول[1] .

المبحث الأول

انقضاء الكفالة بطريق تبعي

٨٤ — كيف ينقضي الدين المكفول : أسباب انقضاء الدين المكفول هي نفس أسباب انقضاء أي دين ، فإذا انقضى هذا الدين بسبب من أسباب الانقضاء فقد انقضت الكفالة كما قدمنا ، لأن التابع لا يبقى بغير الأصيل[2] . وانقضاء الدين المكفول يكون بالوفاء ، والوفاء بمقابل ، والتجديد ، والمقاصة ،

---

(١) وقد نصت المادة ١٠٨٧ من قانون الموجبات والعقود اللبناني على أن « جميع أسباب البطلان أو السقوط المختصة بالموجب الأصلي تسقط الكفالة » . ونصت المادة ١٠٨٨ من نفس القانون على أن « موجب الكفالة يسقط بالأسباب نفسها التي تسقط سائر الموجبات ، وإن لم تكن لتلك الأسباب علاقة بالموجب الأصلي » .

(٢) بودري وفال فقرة ١١٣٨ ص ٥٩٧ .

واتحاد الذمة ، والإبراء ، واستحالة التنفيذ ، والتقادم . وقد يفسخ الدين المكفول أو يتمسك بابطاله ، فتزول الكفالة تبعاً لذلك .

٨٥ — انقضاء الدين المكفول بالوفاء : قد يقضى المدين الأصلى دينه المكفول بالوفاء ، فيفى هذا الدين للدائن . فينقضى الدين المكفول ، وينقضى تبعاً له دين الكفيل فتنقضى الكفالة[1] . ويكفى لقضاء الدين المكفول أن يحجز الدائن على أموال المدين ويبيعها ويكون الثمن كافياً لوفاء حقه ، حتى لو هلك المال قبل تسليمه للمشترى ، فان الضامن للهلاك فى هذه الحالة لا يكون هو الدائن بل المدين إذ يعتبر أنه هو البائع[2] . وإذا لم يقبل الدائن الوفاء ، واضطر المدين لعرض الدين عرضاً حقيقياً تلاه الإيداع ، فإن العرض الحقيقى يقوم مقام الوفاء إذا قبله الدائن أو صدر حكم نهائى بصحته (م ٣٣٩ مدنى) . ويجوز للمدين أن يرجع فى هذا العرض ما دام الدائن

---

(١) جيوار فقرة ٢٢٥ — بودرى وقال فقرة ١١٣٩ — وإذا كان الوفاء جزئياً وكان الدين مكفولا فى جزء منه دون الجزء الآخر ، فإن جهة الدفع تنصرف إلى الجزء غير المكفول . ذلك أن الدائن ما كان ليقبل الوفاء الجزئى ، وهو لا يجبر عليه ، لو أن الوفاء وقع على الجزء المكفول . فهو إذا قبل هذا الوفاء الجزئى ، فلأنه يستوفى به الجزء غير المكفول من الدين ، مستبقيا الجزء المكفول فهو موثق بالكفالة (استئناف مختلط ٢١ نوفبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ٥٧ — بلانيول وريبير وساڤاتييه فقرة ١٥٤٨) . على أن هذا الحكم مقصور على ما إذا كان الدين مكفولا فى جزء منه . أما إذا كان هناك دينان مستقلان أحدهما عن الآخر ، وكان دين منهما مكفولا والآخر غير مكفول ، فجهة الدفع تنصرف إلى الدين المكفول لأن المدين كان يستطيع إجبار الدائن على استيفاء هذا الدين (استئناف مختلط ٢٤ مارس سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٠٦ — وانظر فى أن الدين المكفول أو المضمون بحق اختصاص هو أشد كلفة فتنصرف إليه جهة الدفع : استئناف وطنى ٢٨ يناير سنة ١٨٩٧ القضاء ٤ ص ٢٤٩ — ١٣ مارس سنة ١٩١٤ المجموعة الرسمية ١٥ رقم ١٠٦ ص ٢٠٢) . وانظر فى كل ذلك أوبرى ورو ٦ فقرة ٤٢٩ ص ٢٩٥ وهامش ١ مكرر — الوسيط ٣ فقرة ٤٥٤ ص ٧٧٠ هامش ١ — محمد كامل مرسى فقرة ١٢٢ ص ١٧٣ — وانظر عكس ذلك وأن جهة الدفع تنصرف إلى الجزء المكفول عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ١٣٥ ص ٢٠٣ — ص ٢٠٤ .

(٢) بودرى وقال فقرة ١١٤٠ .

لم يقبله أو ما دام لم يصدر حكم بصحته ، وإذا رجع لم يعتبر المدين قد وفى الدين ، ومن ثم لا تبرأ ذمة الكفيل (م ١/٣٤٠ مدنى) . أما إذا رجع المدين فى العرض بعد أن قبله الدائن أو بعد أن حكم بصحته ، وقبل الدائن هذا الرجوع ، لم يكن لرجوع المدين أثر فى حق الكفيل واعتبر الدين موفى بالنسبة إليه وبرئت ذمته نهائياً (م ٢/٣٤٠ مدنى) . وإذا كان الوفاء باطلا أو أبطل ، اعتبر كأن لم يكن ، فيعود الدين المكفول وتعود معه الكفالة[1] . وهذا بخلاف الوفاء بمقابل ، فسنرى أنه إذا استحق الشيء المدفوع فى مقابل الدين ، فإن الوفاء بمقابل يبقى مبرئاً لذمة الكفيل ولا تعود الكفالة[2] .

وتوجد حالة يوفى فيها بالدين المكفول ، ومع ذلك لا ينقضى هذا الدين . وذلك إذا وفى الغير بهذا الدين للدائن ، وحل محله فيه حلولا اختيارياً أو قانونياً . فى هذه الحالة يرجع الموفى بالدين على المدين بنفس الدين كما تقضى قواعد الحلول . فلا يكون الدين قد انقضى بالرغم من وفائه ويبقى التزام الكفيل[3] .

ويستوى فى كل ما قدمناه أن يكون الكفيل غير متضامن مع المدين أو متضامناً معه[4] .

٨٦ — انقضاء الدين المكفول بالوفاء بمقابل — نص قانونى : تنص المادة ٧٨٣ مدنى على ما يأتى :

« إذا قبل الدائن أن يستوفى فى مقابل الدين شيئاً آخر ، برئت ذمة الكفيل ولو استحق هذا الشيء »[5] .

---

(١) سليمان مرقس فقرة ١٣٥ ص ١٥٢ .

(٢) لوران ٢٨ فقرة ٢٨١ — جيوار فقرة ٢٥٨ — أوبرى ورو ٦ فقرة ٤٢٩ ص ٢٩٦ — بودرى وفال فقرة ١١٤١ .

(٣) جيوار فقرة ٢٥٤ — بودرى وفال فقرة ١١٣٩ .

(٤) بودرى وفال فقرة ١١٤٣ .

(٥) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١١٦٠ من المشروع التمهيدى على وجه

والمفروض هنا – وهذا الذى يقع غالباً – أن المدين قد قضى الدين المكفول عن طريق الوفاء بمقابل فاتفق المدين مع الدائن على الاستعاضة عن الدين الأصلى بنقل ملكية شىء آخر من المدين إلى الدائن ، ونفذ هذا الاتفاق بنقل الملكية فعلا ، ومن ثم تبرأ ذمة المدين من الدين الأصلى عن طريق هذا الوفاء بمقابل ، وتبرأ ذمة الكفيل تبعاً لذلك فتنقضى الكفالة بطريق تبعى[1] .

= مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٨٥٢ فى المشروع النهائى . وفى لجنة الشؤون التشريعية لمجلس النواب عدل النص بإضافة عبارة « من المدين » بعد عبارة « إذا قبل الدائن أن يستوفى » ، وذلك حتى يتحدد المقصود من النص بوضوح تام ، إذ المقصود ألا ينصرف النص إلا إلى حالة ما استوفى الدائن مقابل الدين من المدين لا من الكفيل . أما إذا استوفى المقابل من الكفيل ، فإن هذا الأخير يكون ضامنا لاستحقاق الشىء ، ولا تبرأ ذمته طبقا للقواعد العامة » . ووافق مجلس النواب على النص ، تحت رقم ٨٥٠ ، كما عدلته لجنته . وفى لجنة مجلس الشيوخ أعيد النص إلى أصله « حتى يشمل المدين وأى شخص آخر » ، وجاء فى تقرير اللجنة : « ولم تر اللجنة محلا لأن تخصص الوفاء بوجوب حصوله من الدين ، لأن الوفاء قد يقع من الدين أو غيره ، فليس ثمة وجه لتخصيص يخل بهذا المبدأ » ، وأصبح رقم المادة ٧٨٣ . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٤٦٩ – ص ٤٧٢) .

ويقابل النص فى التقنين المدنى السابق م ٥١١ / ٦٢٤ : تبرأ ذمة المدين بقبول الدائن شيئاً بصفة وفاء الدين ، ولو حصلت دعوى من الغير باستحقاق ذلك الشىء .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٧٤٩ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٧٩٢ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ١٠٢٩ : إذا قبل الدائن أن يستوفى من المدين فى مقابل الدين شيئا آخر ، برئت ذمة الكفيل حتى لو استحق هذا الشىء ، إلا إذا كان الدائن قد احتفظ بالحق فى الرجوع على الكفيل فى هذه الحالة .

قانون الموجبات والعقود اللبنانى م ١٠٩٦ : عندما يقبل الدائن مختاراً شيئاً غير الشىء الواجب إيفاء لدينه ، فإن الكفيل وإن كان متضامنا مع المديون تبرأ ذمته ، ولو نزع ذلك الشىء من الدائن بدعوى الاستحقاق أورده الدائن بسبب عيوبه الخفية .

(١) ولكن لا يعتبر وفاء بمقابل أن يكون الدائن مجبرا على قبول شىء آخر فى مقابل =

ولما كان التكييف القانونى للوفاء بمقابل ، وهو التكييف الذى تغلب فى الفقه المعاصر ، هو أن الوفاء بمقابل مزيج من التجديد والوفاء عن طريق نقل الملكية ، فإنه يجب تحليل الوفاء بمقابل إلى عنصريه الأولين .

فهو أولا تجديد بتغيير محل الدين ، ومتى دخل فى الدين هذا التعديل الجوهرى فقد أصبح ديناً جديداً يحل محل الدين القديم ، وهذا هو التجديد . ويترتب على هذه الخطوة الأولى أن الدين الأصلى ينقضى معه تأميناته ومنها الكفالة ، وعلى ذلك تبرأ ذمة الكفيل نهائياً بانقضاء الدين الأصلى عن طريق التجديد .

والوفاء بمقابل ثانياً هو وفاء الدين الجديد الذى حل محل الدين القديم ، وذلك عن طريق نقل الملكية . فتسرى إذن على الوفاء بمقابل أحكام البيع باعتباره ناقلا للملكية ، وتسرى عليه أيضاً أحكام الوفاء باعتباره أنه يقضى الدين . ومن أحكام البيع ضمان الاستحقاق ، فاذا استحق المقابل فى يد الدائن ، رجع بهذا الضمان على المدين[1] . ولكنه لا يرجع بالدين الأصلى ، فإن هذا المدين قد انقضى بالتجديد كما قدمنا وقد انقضت تأميناته معه فبرئت ذمة الكفيل نهائياً . إذ التجديد قد أصبح باتاً لا رجوع فيه[2] ،

= الدين ، فإن شرط الوفاء بمقابل أن يكون الدائن قد قبل تاراً هذا الوفاء . فإذا نفذ الدائن على عقار المدين وباع هذا العقار بالمزاد ، فرسا عليه المزاد فأخذ العقار تنفيذاً للدين ، لم يكن هذا وفاء بمقابل بل يكون وفاء . وعلى ذلك إذا استحق هذا العقار ، عاد التزام الكفيل لأن ذمته لم تبرأ نهائياً كما فى الوفاء بمقابل (بودرى وقال فقرة ١١٤٩) .

(١) فيرجع ، طبقاً لأحكام هذا الضمان ، بما يأتى : (١) قيمة المقابل وقت الاستحقاق مع الفوائد القانونية من ذلك الوقت . (٢) وفى الثمار التى ألزم الدائن بردها لمن استحق المقابل . (٣) والمصروفات النافعة التى لا يستطيع الدائن أن يلزم بها المستحق ، وكذلك المصروفات الكمالية إذا كان المدين سيىء النية . (٤) وجميع مصروفات دعوى الضمان ودعوى الاستحقاق عدا ما كان الدائن يستطيع أن يتقيه منها لو أخطر المدين بالدعوى . (٥) وبوجه عام التعويض عما لحقه من خسارة أو فاته من كسب بسبب استحقاق المقابل .

(٢) بودرى وقال فقرة ١١٤٨ مكررة ص ٦٠٢ – أوبرى ورو فقرة ٣٢٩ ص ٢٩٥ – =

وهو الذى قضى الدين الأصلى بتأميناته ، وأقام مقامه الدين الجديد الذى يستوجب تنفيذه نقل الملكية[1] .

وأياً كان سبب استحقاق المقابل ، فإن الوفاء بمقابل يبرئ ذمة الكفيل نهائياً . وذلك ما لم يكن المقابل مملوكاً للكفيل نفسه وكان الكفيل يعلم أن المدين الأصلى قد أعطى هذا المقابل للدائن ، فى هذه الحالة إذا رجع الكفيل بضمان الاستحقاق على الدائن لم تبرأ ذمته من الكفالة لأنه هو الذى تسبب بعمله فى ضمان الاستحقاق[2] .

ويجوز للدائن ، عند تسلمه المقابل ، أن يحتفظ بحقه فى الرجوع على الكفيل لو استحق هذا المقابل . فى هذه الحالة يكون انقضاء الكفالة معلقاً على شرط واقف هو عدم استحقاق المقابل ، وقد يتخلف الشرط باستحقاق المقابل[3] .

وقد قدمنا أن الذى يقع غالباً أن المدين هو الذى يقدم شيئاً مملوكاً له فى مقابل الدين . ذلك أنه لو كان الذى قدم المقابل هو الكفيل ، واستحق المقابل ، لم تبرأ ذمة الكفيل بل يرجع عليه الدائن بضمان الاستحقاق . وهذا هو الذى دعا مجلس النواب ، فى مشروع المادة ٧٨٣ مدنى سالفة الذكر ، أن يضيف عبارة « من المدين » بعد عبارة « إذا قبل الدائن أن يستوفى » .

= ويعتبر هذا الحكم استثناء من القواعد العامة (بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٤٩) . غير أن هذا الاستثناء لا يتعلق بالنظام العام ، فيجوز الاتفاق على ما يخالفه . ومن ثم يجوز للدائن والمدين أن يتفقا على أن يحتفظ الدائن بحق الفسخ فى حالة استحقاق المقابل ، فإذا فسخ الدائن الوفاء بمقابل لاستحقاق المقابل ، عاد الدين المكفول وعادت الكفالة (عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ١٣٦ – سليمان مرقس فقرة ١٣٦ ص ١٥٤) .

(١) انظر فى كل ذلك الوسيط ٣ فقرة ٤٧٢ – فقرة ٤٨٣ .

(٢) جيوار فقرة ٢٥٦ – بودرى وڤال فقرة ١١٥٠ – عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ١٣٦ – سليمان مرقس فقرة ١٣٦ ص ١٥٤ .

(٣) انظر فى هذا المعنى بودرى وڤال فقرة ١١٥١ .

إذ المفروض ألا ينصرف النص إلا إلى حالة ما إذا استوفى الدائن مقابل الدين من المدين لا من الكفيل . أما إذا استوفى المقابل من الكفيل ، فإن هذا الأخير يكون ضامناً لاستحقاق الشيء ، ولا تبرأ ذمته طبقاً للقواعد العامة . ولكن مجلس الشيوخ أعاد النص إلى أصله « حتى يشمل المدين وأى شخص آخر ، لأن الوفاء قد يقع من المدين أو من غيره ، فليس ثمة موجب لتخصيص محل بهذا المبدأ »[1] والمقصود بما قرره مجلس الشيوخ من أن الوفاء بمقابل قد يقع من المدين أو من غيره ، أن يكون هذا الغير هو غير الكفيل ، لأن الوفاء بمقابل الذى يقع من الكفيل لا يبرئ ذمته إذا استحق الشيء كما سبق القول . فيجب إذن أن يكون الذى قام بالوفاء بمقابل هو أجنبى ، غير الكفيل وغير المدين . وقد سبق أن قررنا فى هذا الصدد : « ولا نرى ما يمنع من أن يتفق الدائن مع غير المدين (وغير الكفيل) على أن يستوفى الدين منه بمقابل ، فينقل الغير إلى الدائن ملكية شيء مملوك للأول وفاء للدين . ثم يرجع الغير على المدين ، إذا لم يكن هناك اتفاق بينهما ، بدعوى الفضالة أو بدعوى الإثراء بلا سبب ، بحسب الأحوال »[2] . فإذا دفع مقابل الوفاء من غير المدين ومن غير الكفيل على هذا النحو ، فإن هذا الوفاء بمقابل يبرئ ذمة الكفيل نهائياً كما يبرئها نهائياً الوفاء بمقابل الواقع من المدين . ولا تعود الكفالة إذا استحق المقابل المدفوع من الغير ، كما لا تعود إذا استحق المقابل المدفوع من المدين .

٨٧ — انقضاء الدين المكفول بالتجديد : إذا انقضى الدين المكفول بالتجديد ، بأن جدد المدين الأصلى دينه بتغيير الدائن أو تغيير المدين أو تغيير الدين فى محله أو مصدره ، فإن الدين المكفول ينقضى وتنقضى تبعاً لانقضائه

---

(١) انظر نفس الفقرة فى الهامش .

(٢) الوسيط ٣ فقرة ٤٧٤ ص ٧٩٨ هامش ١ .

الكفالة . ويحل محل الدين المكفول دين جديد لا تنتقل إليه التأمينات التى كانت تكفل الدين المكفول ، إلا إذا نص القانون على ذلك أو تبين من الاتفاق أو من الظروف أن نية المتعاقدين قد انصرفت إلى ذلك . وقد ورد نص صريح فى هذا المعنى ، فنصت المادة ٣٥٦ مدنى على أنه « ١ – يترتب على التجديد أن ينقضى الالتزام الأصلى بتوابعه ، وأن ينشأ مكانه التزام جديد . ٢ – ولا ينتقل إلى الالتزام الجديد التأمينات التى كانت تكفل تنفيذ الالتزام الأصلى إلا بنص فى القانون ، أو إلا إذا تبين من الاتفاق أو من الظروف أن نية المتعاقدين قد انصرفت إلى ذلك » .

فقد يكون الالتزام الأصلى مضموناً بكفيل ، فبانقضائه بطريق التجديد تنقضى الكفالة . ولا تنتقل الكفالة إلى الالتزام الجديد ، إلا بنص فى القانون أو بالاتفاق . أما نص القانون ، فمثله ما ورد فى المادة ٣٥٥ مدنى من أن ١ – لا يكون تجديداً مجرد تغيير الالتزام فى حساب جار . ٢ – وإنما يتجدد الالتزام إذا قطع رصيد الحساب وتم إقراره . على أنه إذا كان الالتزام مضموناً بتأمين خاص ، فإن هذا التأمين يبقى ما لم يتفق على غير ذلك » . فهنا لم تنقض الكفالة بانقضاء الالتزام الأصلى بالتجديد ، بل بقيت وانتقلت إلى الالتزام الجديد ، وهو رصيد الحساب ، وذلك بحكم القانون ودون حاجة إلى رضاء الكفيل . وأما الاتفاق ، فقد وردت فى شأنه المادة ٣٥٨ مدنى ، وتنص على أنه « لا ينتقل إلى الالتزام الجديد الكفالة ، عينية كانت أو شخصية ، ولا التضامن ، إلا إذا رضى بذلك الكفلاء والمدينون المتضامنون » . ذلك أن الكفالة قد انقضت بانقضاء الدين المكفول ، فلا تنتقل إلى الدين الجديد لتكفله . ولا يكفى إذن ، حتى يكفل الكفيل الالتزام الجديد بعد أن كان يكفل الالتزام الأصلى ، أن يتفق على ذلك الدائن والمدين معاً ومعهما المدين الجديد أو الدائن الجديد ، بل لا بد من رضاء الكفيل أيضاً . فإنه لم يكفل إلا التزاماً بعينه وهو الالتزام الأصلى ، وقد انقضى هذا الالتزام

فانقضت كفالته تبعاً لذلك . فحتى يضمن الكفيل الالتزام الجديد ، ولو كان أقل قيمة ، لا بد من رضائه بذلك ، أى لا بد من كفالة جديدة[1] .

وإيداع الدين فى قائمة التوزيع ضد المدين وتسلمه أمر الصرف لا يعتبر تجديداً ، فلا يقضى الكفالة . ويستطيع الدائن أن ينزل عن إدراجه فى قائمة هذا التوزيع ، وأن يرجع على الكفيل الذى لم تبرأ ذمته[2] .

وحتى يكون هناك تجديد ، فتنقضى به الكفالة ، لا بد أن تكون نية التجديد واضحة ، وقد نصت المادة ١/٣٥٤ مدنى على أن « التجديد لا يفترض بل يجب أن يتفق عليه صراحة ، أو أن يستخلص بوضوح من الظروف » . وحتى تقوم نية التجديد واضحة ، يجب أن يغاير الالتزام الجديد الالتزام القديم فى عنصر من عناصره الهامة . فتغيير محل الدين أو مصدره ، وإضافة شرط أو إلغاؤه ، وتغيير الدائن ، وتغيير المدين ، كل هذا ينطوى على إدخال تعديلات جوهرية تخلص منها نية التجديد فى وضوح . وإضافه أجل ، أو مد أجل قائم[3] ، أو إلغاء أجل موجود ، أو إضافة شرط جزائى ، أو تقديم تأمين عينى أو شخصى ، أو إلغاء هذا التأمين ، أو تغيير مكان الوفاء ، أو تعديل سعر الفائدة بخفضها أو رفعها ، أو تغيير مقدار الدين بزيادته أو نقصه ، كل ذلك لا يكفى لاستخلاص نية التجديد ، إلا إذا وجدت ظروف أخرى تدل فى وضوح على هذه النية . وقد نصت المادة

---

(١) پلانيول وريپير وساڤاتييه فقرة ١٥٥٩ – الوسيط ٣ فقرة ٥٠٨ – ص ٨٥٣ – وتنص المادة ١٠٩٢ لبنانى على « أن تجديد الدين بين الدائن والمديون الأصلى يبرئ الكفلاء ، ما لم يكونوا قد قبلوا بكفالة الدين الجديد . على أنه إذا اشترط الدائن ضم الكفلاء إلى الموجب الجديد ، ولم يقبل هؤلاء ، فالموجب لا يسقط » .

(٢) جيوار فقرة ٢٥٤ – بودر وڤال فقرة ١١٤٥ .

(٣) وقد نصت المادة ١٠٩٤ لبنانى على « أن تمديد الأجل الذى يمنحه الدائن المديون الأصلى يستفيد منه الكفيل ، ما لم يكن سبب عسر المديون . أما التمديد الذى يمنحه الدائن الكفيل فلا يستفيد منه المديون الأصلى ، ما لم يصرح الدائن بالعكس » .

٢/٣٥٤ مدنى صراحة على ذلك ، فهى تقضى بأنه « لا يستفاد التجديد من كتابة سند بدين موجود قبل ذلك ، ولا مما يحدث فى الالتزام من تغيير لا يتناول إلا زمان الوفاء أو مكانه أو كيفيته ، ولا مما يدخل على الالتزام من تعديل لا يتناول إلا التأمينات أو سعر الفائدة ، كل هذا ما لم يوجد اتفاق يقضى بغيره » . فمجرد كتابة سند بدين كان غير مكتوب لا يعد تجديداً ، بل هو تهيئة دليل على دين موجود فعلا ، فلا تنقضى الكفالة التى تضمن هذا الدين . كذلك إبدال ورقة تجارية بورقة تجارية أخرى ، كإبدال كمبيالة بكمبياله أو سند إذنى بكمبيالة أو كمبيالة بسند إذنى بفرض مد أجل الدين ، أو تغيير سند الدين بكمبيالة أو سند إذنى ، لا يعد تجديداً ، ولا تنقضى به الكفالة . وكذلك تحرير كمبيالة أو سند إذنى بثمن المبيع لا يعد تجديداً للثمن ، بل يكون ضرباً من التوثيق له ، ويبقى امتياز البائع قائماً وكذلك الكفالة حتى بعد كتابة الكمبيالة أو السند ، وهذا ما لم يتفق على غيره ، كأن يقر البائع أنه تسلم الثمن نقداً فى هذه الحالة ينقضى دين الثمن بتأميناته من امتياز وكفالة ويحل محله دين جديد هو الدين الثابت بالكمبيالة أو السند . ولا يعتبر تجديداً ، فلا تنقضى الكفالة ، الإقرار بدين بعد صدور حكم به ولو قيل فى الإقرار أنه فى حالة عدم الوفاء ينفذ الحكم ، ولا الإقرار الصادر من المستأجر بالمتجمد فى ذمته من الأجرة ، فتبقى الكفالة وامتياز المؤجر ويتقادم الدين بخمس سنوات[1] .

٨٨ — انقضاء الدين المكفول بالمقاصة : وإذا انقضى الدين المكفول بالمقاصة ، بأن كان فى ذمة الدائن للمدين دين يصلح للمقاصة فى الدين الثابت

(١) انظر فى كل ذلك الوسيط ٣ فقرة ٤٩٧ – والإنابة الكاملة تعتبر تجديداً ، فتسرى عليها أحكام التجديد . أما إذا كانت الإنابة غير كاملة فلا تعتبر تجديداً ، ويقوم التزام المناب بجانب التزام المنيب ويصبح الدائن مدينا بدلا من دين واحد . فإذا بقى التزام المنيب قائما ، فإن جميع تأميناته ومنها الكفالة تبقى معه (عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ١٣٧) .

فى ذمة المدين للدائن ، انقضى الدين المكفول بالمقاصة وانقضت الكفالة تبعاً لذلك .

ويستطيع الكفيل أن يتمسك بالمقاصة بين الدين الذى كفله ودين للمدين فى ذمة الدائن ، لأن مديونيته تابعة لمديونية المدين ، فاذا تخلص المدين من مديونيته عن طريق المقاصة ، تخلص الكفيل تبعاً لذلك . ولكن لا تقع المقاصة بين دين الدائن فى ذمة المدين ودين لكفيل غير متضامن فى ذمة الدائن . إذ الدينان هنا غير متقابلين ، فأحدهما فى ذمة المدين للدائن والآخر فى ذمة الدائن للكفيل لا للمدين[1] . وقد نصت المادة ١٢٩٤ مدنى فرنسى على هذه الأحكام ، إذ تقول : « يجوز للكفيل أن يتمسك بالمقاصة فى دين على الدائن للمدين الأصلى ، ولكن لا يجوز للمدين الأصلى أن يتمسك بالمقاصة فى دين على الدائن للكفيل » .

ولما كانت المقاصة ليست من النظام العام فيجوز النزول عنها ، فإذا نزل عنها المدينان معاً بعد أن توافرت شروطها وتلاقى الدينان ، فعلى كل من المدينين أن يؤدى الدين الذى فى ذمته ، وله أن يتقاضى حقه من مدينه . فبعد أن كانت المقاصة قد قضت الدينين معاً منذ تلاقيهما ، فإن النزول عن المقاصة يعيد الدينين إلى الوجود بما كان لهما من تأمينات ، وذلك دون إضرار بحقوق الغير . فلو أن أحد المدينين كان مضموناً بكفيل ، ووقعت المقاصة بين الدينين ، انقضى الدين المكفول وانقضت معه الكفالة . فإذا نزل المدين فى الدين المكفول عن المقاصة ، فإن الدين يعود ، ولكن لا تعود الكفالة .

---

(١) ولكن يجوز الكفيل أن يتمسك بالمقاصة فى دين له على الدائن ، إذ هو يفى بالدين المكفول عن طريق المقاصة . ولكن المقاصة هنا اختيارية لا قانونية ، فلا ينقضى الدينان إلا من وقت التمسك بالمقاصة . ولا يجوز للدائن أن يرجع على المدين بعد ذلك فقد استوفى حقه من الكفيل ، وإذا رجع جاز للمدين أن يدفع رجوعه بالمقاصة التى تمسك بها الكفيل . وإنما يرجع الكفيل على المدين ، بعد أن وفى دينه عن طريق المقاصة .

ذلك أن الكفيل كان قد تخلص من الكفالة منذ أن انقضى الدين المكفول بالمقاصة ، فلا يضار بنزول المدين عن مقاصة الدين المكفول[1].

وهناك حالة من حالات النزول الضمنى عن المقاصة بعد ثبوت الحق فيها . ورد فى شأنها نص خاص هو المادة ٣٦٩ مدنى ، وتجرى على الوجه الآتى : « إذا وفى المدين ديناً وكان له أن يطالب المقاصة فيه بحق له ، فلا يجوز أن يتمسك إضراراً بالغير بالتأمينات التى كانت تكفل حقه ، إلا إذا كان يجهل وجود هذا الحق » . وهذا النص يفرض أن المدين وفى دينه للدائن ، بالرغم من وجود حق له فى ذمة الدائن كان من الممكن أن يقاصى به دينه فلم يفعل . وهنا يجب التمييز بين فرضين : (أولا) فرض ما إذا كان المدين وهو يدفع دينه يجهل وجود حق له يمكن أن يقاص به الدين ، فهنا لا يمكن القول بأن المدين وهو يجهل وجود حقه قد نزل عن التمسك بالمقاصة فى هذا الحق . وكان مقتضى تطبيق القواعد العامة أن يقال إن المقاصة قد وقعت بحكم القانون ، فانقضى بها دين المدين . فاذا دفعه بعد ذلك يكون قد دفع ديناً انقضى ، فيسترد ما دفع وفقاً لقواعد استرداد غير المستحق . ولا يرجع بحقه ولا بما يكفل هذا الحق من تأمينات ، لأن هذا الحق قد انقضى أيضاً بالمقاصة وانقضت معه تأميناته . ولكن القانون جعل من جهل المدين بوجود حقه المكفول بتأمينات عذراً مقبولا ، فاعتد بالوفاء الصادر منه على أنه وفاء لدين قائم فى ذمته لا على أنه وفاء لدين انقضى بالمقاصة . وما دامت المقاصة لم تقع ، فان حق المدين فى ذمة الدائن يبقى بما له من تأمينات ، ولو كانت هذه التأمينات كفالة شخصية فأضر بقاؤها بالكميل ، وذلك كله رعاية لحسن نية المدين . (ثانياً) فرض ما إذا كان المدين وهو يدفع دينه يعلم وجود حق له يمكن أن يقاص به الدين ، فلم يتمسك مع ذلك بالمقاصة ودفع الدين .

---

(١) الوسيط ٣ فقرة ٥٤٦ – عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ١٣٨ – سليمان مرقس فقرة ١٣٨ .

وهنا يجب تأويل عدم تمسك المدين بالمقاصة مع علمه بجواز التمسك بها أن هذا نزول ضمني منه عن التمسك بالمقاصة بعد ثبوتها . ومن ثم ينقضي الدين الذي كان في ذمة المدين بالوفاء ، ويعود للمدين حقه الذي كان قد انقضى بالمقاصة بعد أن نزل عنها . ولكن لا يعود من التأمينات التي كانت تكفل هذا الحق ما تضر عودته بالغير ، فلا تعود الكفالة بعد أن انقضت[1].

٨٩ — انقضاء الدين المكفول باتحاد الذمة : وإذا انقضى الدين المكفول باتحاد الذمة ، بأن ورث المدين الدائن فورث حقه وأصبح هو الدائن لنفسه فانقضى الدين باتحاد الذمة ، انقضت الكفالة التي كانت تضمن الدين تبعاً لذلك ، وبرئت ذمة الكفيل[2] . ولكن إذا زال اتحاد اتحاد الذمة بأثر رجعي ، اعتبر كأنه لم يكن ، وعادت الكفالة إلى الوجود لأنها لم تكن قد انقضت باتحاد الذمة الذي زال بأثر رجعي . وقد نصت المادة ٢/٣٧٠ مدني في هذا المعنى على ما يأتي : « وإذا زال السبب الذي أدى لاتحاد الذمة ، وكان لزواله أثر رجعي ، عاد الدين إلى الوجود هو وملحقاته بالنسبة إلى ذوي الشأن جميعاً ، ويعتبر اتحاد الذمة كأن لم يكن »[3] .

وإذا مات الدائن وورثه الكفيل ، فاتحاد الذمة ما بين الدائن والكفيل إذا كان يقضي التزام الكفيل ، فليس ينقضي على النحو الذي ينقضي به لو أن الكفيل وفى الدين حقه . فإن الكفيل إذا وفى الدين للدائن ، انقضى

---

(١) انظر في كل ذلك الوسيط ٣ فقرة ٥٤٧ .

(٢) وقد سبق أن قررنا في هذا الصدد : « وإذا اتحدت ذمة المدين الأصلي والدائن ، فإن الدين ينقضي باتحاد الذمة ، وتبرأ بذلك ذمة الكفيل . ذلك أن المدين الأصلي – وقد أصبح باتحاد الذمة دائنا – إذا حاول أن يرجع باعتبار أنه دائن على الكفيل ، فإن الكفيل يرجع عليه باعتباره مدينا ، فيشل هذا الرجوع الأخير الرجوع الأول . وقد كانت المادة ٢٠٣ / ٢٦٧ من التقنين المدني السابق تقضي بأن اتحاد ذمة الدائن والمدين الأصلي يبرئ ذمة الكفلاء » (الوسيط ٣ فقرة ٥٧٠ ص ٩٥٥) .

(٣) عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٣٩ – سليمان مرقس فقرة ١٣٩ .

الدين وبرئت ذمة المدين فانقضت الكفالة بصفة تبعية ، ورجع الكفيل على المدين بالدعوى الشخصية أو بدعوى الحلول . أما إذا ورث الكفيل الدائن ، فاتحدت الذمة وانقضت الكفالة بصفة أصلية ، لم ينقض الدين الأصلي ، وطالب الكفيل الذى أصبح دائناً المدين بهذا الدين ذاته(١)

وإذا مات المدين وورثه الكفيل ، فاتحدت الذمة (فى القانون الفرنسى) وانقضت الكفالة ، فإن انقضاء التزام الكفيل على هذا النحو لا يكون إلا من حيث المطالبة . فإذا أدى الكفيل الدين للدائن ، أداه باعتباره مديناً أصلياً بعد أن ورث المدين لا باعتباره كفيلا . أما إذا أداه باعتباره كفيلا ، بعد أن أصبح مديناً أصلياً بالميراث ، فإنه لا يستطيع باعتباره كفيلا الرجوع على نفسه باعتباره مديناً . ولكن التزامه ككفيل يبقى مع ذلك معتداً به فى غير هذه المطالبة . ويترتب على ذلك أنه إذا كان لهذا الكفيل كفيل ، فان التزام كفيل الكفيل يبقى قائماً مستنداً إلى التزام الكفيل بالرغم من انقضاء هذا الالتزام الأخير باتحاد الذمة . فيجوز للدائن فى هذه الحالة ، إذا لم يستطع استيفاء حقه من الكفيل الذى أصبح فى الوقت ذاته مديناً أصلياً ، أن يرجع على كفيل الكفيل(٢) . ولهذا الأخير ، إذا وفى الدين ، أن يرجع على الكفيل بما وفاه للدائن بالرغم من اتحاد ذمة الكفيل والمدين الأصلى . وقد نصت المادة ٢٠٣٥ مدنى فرنسى على هذا الحكم ، إذ تقول : « اتحاد الذمة الذى يتحقق بين شخص المدين الأصلى وكفيله ، عند ما يرث أحدهما الآخر ، لا يقضى

---

(١) انظر الوسيط ٣ فقرة ٥٧٠ .

(٢) وتنص المادة ١٠٩٣ لبنانى على « أن اجتماع صفتى الدائن والمديون الأصلى فى شخص واحد يبرئ ذمة الكفيل . وإذا حصل هذا الاجتماع فى شخص المديون الأصلى بسبب وفاة الدائن ، وكان المديون الأصلى وارثاً له مع آخرين ، برئت ذمة الكفيل بقدر حصة المديون . أما اجتماع صفتى الدائن والكفيل فى شخص واحد ، فلا يبرئ ذمة المديون الأصلى . وأما اجتماع صفتى المديون الأصلى والكفيل عندما يصبح أحدهما وارثاً الآخر ، فهو يسقط الكفالة ولا يبقى إلا المدين الأصلى . وإنما يبقى للدائن حقه فى مداعاة من كفل الكفيل ، ويحتفظ بالتأمينات التى اتخذها لكفالة موجب الكفيل » .

دعوى الدائن ضد من كفل الكفيل[1] . » وإذا كفل الكفيل مدينين متضامنين متعددين وورث أحدهم ، فصار فى القانون الفرنسى كفيلا ومديناً متضامناً فى وقت واحد ، فإن وفى الدين باعتباره كفيلا ، رجع على أى من المدينين المتضامنين الآخرين بالدين بعد استنزال حصة مورثه . أما إذا وفاه باعتباره مديناً متضامناً ، فإنه لا يستطيع الرجوع على باقى المدينين المتضامنين إلا بقدر حصة كل منهم فى الدين[2] .

٩٠ — انقضاء الدين المكفول بالإبراء : وإذا انقضى الدين المكفول بإبراء الدائن للمدين من الدين ، انقضى الدين المكفول بالإبراء ، وانقضت تبعاً لانقضائه الكفالة[3] .

والإبراء فى التقنين المدنى الجديد يتم بإرادة واحدة من جانب الدائن ،

---

(١) وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد يتضمن نصا ، هو المادة ١١٦١ من المشروع ، يجرى على الوجه الآتى : « اتحاد الذمة الذى يحصل فى شخص المدين وكفيله ، فى حالة ما إذا ورث أحدهما الآخر ، لا تنقضى به دعوى الدائن على من كفل الكفيل » . وجاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ، فى صدد هذه المادة ، ما يأتى : « يطابق هذا النص المادة ٢٠٣٥ من التقنين الفرنسى والمادة ٧٣٥ من المشروع الفرنسى الإيطالى . وحكمه طبيعى إذ هنا لم تجتمع صفة دائن ومدين فى شخص واحد ، بل الكفيل الذى كان ملزماً بصفة تبعية عن غيره أصبح ملتزماً بصفة أصلية ، أو المدين ورث الكفيل فأصبح كفيلا لنفسه . وعلى ذلك تبقى الضمانات الأخرى ، ويبقى التزام المصدق باقيا لفائدة الدائن ، خاصة وأن المصدق إنما جاء ليقوى مركز الكفيل الذى لم يعتبر ضمانه كافياً » . وقد حذفت هذه المادة فى لجنة المراجعة « اكتفاء بتطبيق القواعد العامة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٤٧٠ — ص ٤٧٢ فى الهامش) .

(٢) انظر الوسيط ٣ فقرة ٥٧١ .

(٣) ولا يجوز للدائن الذى يبرئ المدين أن يحتفظ بحقه ضد الكفيل ، فإن رجوع الكفيل على المدين يصبح مستحيلا بإبراء المدين (پون ٢ فقرة ٤٠٧ — ديمولومب ٢٨ فقرة ٤٦٢ — بودرى وڤال فقرة ١١٥٣) . على أن الدائن يستطيع إذا أبرأ المدين ، أن يشترط ألا يحتج المدين بهذا الإبراء إذا اضطر الدائن أن يحل الكفيل محله ضد المدين (بودرى وڤال فقرة ١١٥٣) .

ويرتد برد المدين إياه . وقد صرحت بذلك المادة ٣٧١ مدنى ، فهى تقضى بأن الإبراء يتم « متى وصل إلى علم المدين ، ويرتد برده » . فإذا رد المدين الإبراء ، كان بهذا الرد يفقر نفسه . ذلك أن ذمته تبرأ من الدين بمجرد وصول الإبراء إلى علمه ، فبرده للإبراء يعود الدين إلى ذمته بعد أن كان قد انقضى . ومن ثم يجوز للكفيل ، وهو دائن للمدين بالرجوع عليه إذا وفى الدين للدائن ، أن يطعن فى رد المدين للإبراء بالدعوى البولصية ، لأن هذا الرد زاد فى التزامات المدين إذ عاد الدين بالرد بعد انقضائه . ومن ثم إذا أبرأ الدائن المدين من الدين ، ورد المدين هذا الإبراء ، فعاد الدين بعد انقضائه إلى ذمة المدين ، جاز للكفيل أن يطعن فى هذا الرد بالدعوى البولصية فلا يسرى فى حقه ، وتبرأ ذمة الكفيل نهائياً من الكفالة .

وقد أورد التقنين المدنى السابق فى شأن الكفالة سلسلة من النصوص لم ينقلها التقنين المدنى الجديد ، لأنها مجرد تطبيق للقواعد العامة ، فتسرى أحكامها دون حاجة إلى نص . من ذلك أن نصت المادة ٢٤٤/١٨١ التى سبق إيرادها ، فقالت إن « إبراء ذمة المدين يترتب عليه ذمة ضامنيه أيضاً[1] » . فتبرأ ذمة الكفيل ببراءة ذمة المدين ، لأن التزام الكفيل تابع لالتزام المدين . فإذا زال الأصل زال التبع[2] . ويستثنى من ذلك الإبراء الذى يتضمنه الصلح مع المفلس ، إذ يجب تمييز الإبراء عن صلح الدائنين مع مدينهم المفلس (concordat) . فالدائنون عند ما يبرئون ذمة مدينهم المفلس من

---

(١) وتنص المادة ٣٤٩ / ٣٥٩ تجارى على أن « للمداين مطالبة الشركاء فى الدين بتمام دينه ، ولو حصل الصلح مع المفلس . ويدخل الكفيل فى عموم عبارة الشركاء فى الدين » كما يدخل المدين المتضامن (عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ١٤٠ – سليمان مرقس فقرة ١٤١) .

(٢) ولا يجوز للدائن أن يبرئ ذمة المدين الأصلى مع استيفائه الكفيل ملتزماً بالدين ، فإن حق التجريد المعطى للكفيل يمنع من ذلك . ولكن يظهر أنه يجوز للدائن الاحتفاظ بالكفيل إذا كان كفيلا متضامنا مع المدين أو كان كفيلا عينيا ، مع إبراء ذمة المدين الأصلى (انظر نفس الفقرة فى الهامش – الوسيط ٣ فقرة ٥٨٣ ص ٩٧٨ هامش ١ بيدان ولاجارد ٩ فقرة ١٩٣٢) .

جزء من الديون لا يتبرعون ، ولكنهم يأملون من وراء هذا الإبراء أن يحصلوا على أكبر حصة ممكنة من حقوقهم ، وهم ييسرون على المدين السبيل التي تؤدى إلى ذلك ومنها إبراؤه من جزء من ديونه ، وعلى ذلك إذا أبرأ الدائنون مدينهم المفلس من جزء من ديونه بالصلح معه (concordat) ، فإنهم لا يبرئون ذمة الكفلاء . بل إن فائدة الكفالة لا تظهر إلا عند إفلاس المدين ، فقد أراد الدائن أن يستوثق لحقه من ذلك[1] . أما إبراء ذمة الكفيل فلا يبرئ ذمة المدين الأصلى ، لأن زوال التبع لا يستوجب زوال الأصل . وفى هذا الصدد تنص المادة ٢٤٧/١٨٤ من التقنين المدنى السابق على أنه « لا تبرأ ذمة المدين بإبراء ذمة ضامنه » . وإذا تعدد الكفلاء ، وأبرأ الدائن أحدهم ، فإن ذلك لا يعنى أنه أبرأ الباقين ، بل تجوز له مطالبة باقى الكفلاء كل بقدر الحصة التى كفلها إذا كان الكفلاء غير متضامنين ، أو أى منهم بالدين بعد استنزال حصة الكفيل الذى أبرأه إذا كان الكفلاء متضامنين[2] . هذا كله ما لم يكن الكفيل الذى أبرأه الدائن قد كفل الدين بعد أن كفله الكفلاء الآخرون ، فهو إذا كان متأخراً عنهم لا يكونون قد اعتمدوا على كفالته ، فإذا أبرأه الدائن لم يجز للكفلاء المتقدمين أن يستنزلوا حصته . بل يرجع الدائن على كل منهم بعد تقسيم الدين كله بينهم دون الكفيل المتأخر إذا كانوا غير متضامنين ، أو يرجع على أى منهم بكل الدين إذا كانوا

---

(١) بودر وفال فقرة ١١٥٥ أوبرى ورو ٦ فقرة ٤٢٩ ص ٢٩٦ هامش ٦ ثالثاً - بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٥١ - نقض فرنسى ١٥ يناير سنة ١٩٠١ داللوز ١٩٠١ - ١ - ٣٢٥ . ولا يرجع الكفيل بما دفعه للدائن على المدين ، لأن هذا الأخير لا يلتزم بما استنزله من دينه نتيجة للصلح إلا التزاماً طبيعياً فلا تصح مطالبته به إجباراً وإن جاز له أن يدفعه اختيارا (عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ١٤٠) .

(٢) وقد نصت المادة ١٠٩١ لبنانى على « أن إبراء المديون من الدين يبرئ ذمة الكفيل ، ولكن إبراء ذمة الكفيل لا يبرئ ذمة المديون . وإبراء أحد الكفلاء بدون رضاء الآخرين يبرئ هؤلاء بقدر حصة الكفيل الذى أبرئت ذمته » .

متضامنين . فرجوع الكفلاء على الكفيل الذى أبرأه الدائن ، بمقدار حصته ، منوط بأن تكون ضمانة هذا الكفيل سابقة لضمانتهم أو مقارنة لها ، وفى هذا الصدد تنص المادة ٢٤٨/١٨٥ من التقنين المدنى السابق على أنه « إذا تعدد الضامنون فى دين واحد . وأبرأ الدائن ذمة أحدهم ، جاز للباقى مطالبته بالضمان إذا كانت ضمانته سابقة على ضمانتهم أو مقارنه لها »[١] .

وإذا تصالح الدائن مع المدين ، وتضمن الصلح نزولا من الدائن عن جزء من الدين ، فللكفيل أن يتمسك بهذا الصلح . فلا يكون مسئولا نحو الدائن إلا عن الباقى من الدين بعد استنزال الجزء الذى نزل عنه الدائن بالصلح ، وتكون مسئولية الكفيل فى ذلك مثل مسئولية المدين[٢] .

٩١ — انقضاء الدين المكفول باستحالة التنفيذ : وإذا انقضى الدين المكفول باستحالة التنفيذ لسبب أجنبي ، انقضت بانقضائه الكفالة . فإذا كان للدين كفيل ، ثم استحال تنفيذ الدين بسبب أجنبي فانقضى وبرئت ذمة المدين منه ، فإن ذمة الكفيل تبرأ تبعاً لبراءة ذمة المدين .

وإذا استحال تنفيذ الدين بخطأ المدين ، فإن محل الدين يتحول إلى تعويض ، ولا تبرأ ذمة المدين . كذلك لا تبرأ ذمة الكفيل ، بل يبقى كفيلا للتعويض[٣] . أما إذا هلك الشيء بفعل الكفيل ، فإن ذمة المدين تبرأ من الدين ، إذ يعتبر فعل الكفيل سبباً أجنبياً بالنسبة إلى المدين[٤] . وتبرأ ذمة الكفيل باعتباره كفيلا تبعاً لبراءة ذمة المدين ، ولكن الكفيل يبقى مسئولا عن خطأه كمدين أصلى نحو الدائن[٥] .

---

(١) انظر فى كل ذلك الوسيط ٣ فقرة ٥٨٣ .

(٢) بودرى وڤال فقرة ١١٥٦ .

(٣) سليمان مرقس فقرة ١٤٠ .

(٤) بودرى وڤال فقرة ١١٦٤ .

(٥) الوسيط ٣ فقرة ٥٨٩ ص ٩٨٩ هامش ١ .

٩٣ – انقضاء الدين المكفول بالتقادم : وإذا انقضى الدين المكفول بالتقادم ، انقضت بانقضائه الكفالة ، وذلك حتى لو كان التزام الكفيل التابع لم ينقض هو نفسه بالتقادم . والغالب أن يسرى التقادم بالنسبة إلى الدين الأصلى فى الوقت الذى يسرى فيه بالنسبة إلى التزام الكفيل ، فينقضى الدينان بالتقادم فى وقت واحد . وعندئذ تبرأ ذمة الكفيل إما لأن المدين الأصلى قد برئت ذمته والكفيل تابع للمدين الأصلى ، أو لأن التزام الكفيل التابع قد انقضى هو نفسه بالتقادم مستقلا عن الدين الأصلى .

ولكن يحدث أن الدين الأصلى ينقضى بالتقادم دون أن ينقضى التزام الكفيل ، ويقع ذلك إذا كان التزام الكفيل قد نشأ بعد الدين الأصلى بأن يضمن الكفيل الدين بعد نشوئه ، أو حدد لالتزام الكفيل أجل أبعد من الأجل الذى حدد لالتزام المدين . فعند ذلك يتقادم الدين الأصلى قبل أن يتقادم التزام الكفيل ، وبتقادم الدين الأصلى تبرأ ذمة الكفيل تبعاً لانقضاء الدين الأصلى ، وذلك دون أن يتقادم التزام الكفيل[1] . وحتى إذا بدأ سريان تقادم التزام الكفيل فى الوقت الذى بدأ فيه سريان تقادم الدين الأصلى ، فقد يقطع التقادم بالنسبة إلى الكفيل فلا ينقطع بالنسبة إلى المدين الأصلى . فيتقادم الدين الأصلى فى هذه الحالة قبل أن يتقادم التزام الكفيل ، فتبرأ ذمة الكفيل تبعاً لبراءة ذمة المدين الأصلى دون أن يتقادم التزام الكفيل[2] . وقد

---

(١) نقض فرنسى ١٨ مارس سنة ١٨٩٥ دالوز ٩٥ – ١ – ٣٦٧ – ٢ أغسطس سنة ١٩٠٤ سيريه ١٩٠٥ – ١ – ١٨٥ – جيوار فقرة ١٦١ – بودرى وفال فقرة ١١٦٥ .

(٢) وقد سبق أن قررنا فى هذا الصدد : « كذلك إذا قطع الدائن التقادم ضد الكفيل ، لم ينقطع التقادم ضد المدين الأصلى . ويترتب على ذلك أن التقادم قد لا يكتمل بالنسبة إلى الكفيل بسبب انقطاعه ، ويكتمل اتقام بالنسبة إلى المدين الأصلى إذ هو لم ينقطع بانقطاع التقادم ضد الكفيل . فعند ذلك يسقط دين المدين الأصلى بالتقادم ، ويسقط تبعا له التزام الكفيل بالرغم من عدم تقادمه ، إذ هو التزام تبعى يسقط بسقوط الالتزام الأصلى » (الوسيط ٣ فقرة ٦٣٩ ص ١١٢٢ وهامش ٣) .

يقف التقادم بالنسبة إلى الكفيل لوجود مانع يتعذر معه على الدائن أن يطالب بحقه (م ١/٣٨٢ مدنى) ، ولا يوجد هذا المانع بالنسبة إلى المدين . فبتقادم الدين الأصلى قبل أن يتقادم التزام الكفيل ، فتبرأ ذمة الكفيل تبعاً لبراءة ذمة المدين الأصلى دون أن يتقادم التزام الكفيل .

ويحدث كذلك أن التزام الكفيل ينقضى بالتقادم ، دون أن ينقضى بالتقادم الدين الأصلى . ويكون ذلك بقطع التقادم بالنسبة إلى المدين الأصلى ، فإن قطع التقادم بالنسبة إلى هذا المدين لا يقطعه بالنسبة إلى الكفيل[1] . وقد يقف التقادم بالنسبة إلى المدين الأصلى بأن يوجد مانع يتعذر معه على الدائن أن يطالب المدين بحقه (م ١/٣٨٢ مدنى) ، ولا يوجد هذا المانع بالنسبة إلى الكفيل . فعند ذلك لا ينقطع التقادم ولا يقف بالنسبة إلى الكفيل ، وبتقادم التزامه قبل أن يتقادم الدين الأصلى . فتبرأ ذمة الكفيل بصفة أصلية كما سيأتى ، دون أن تبرأ ذمة المدين الأصلى .

وإذا تقادم الدين الأصلى ، برئت ذمة الكفيل تبعاً لذلك كما قدمنا ، حتى لو لم يتمسك المدين الأصلى بالتقادم ، أو حتى لو نزل عنه[2] . فإن كان المدين الأصلى لم يتمسك بالتقادم ، جاز للكفيل أن يتمسك به هو تطبيقاً

---

(١) وهذا على خلاف التقنين المدنى الفرنسى (م ٢٢٥٠) ، فإن قطع التقادم بالنسبة إلى المدين الأصلى بقطع التقادم بالنسبة إلى الكفيل . وتنص المادة ١٠٩٥ لبنانى على « أن انقطاع حكم مرور الزمن على المديون الأصلى يجرى مفعوله على الكفيل ، ومرور الزمن الذى تم لمصلحة المديون الأصلى يستفيد منه الكفيل » .

وقد سبق أن قررنا فى هذا الصدد : « وإذا قطع الدائن التقادم ضد المدين الأصلى ، لم ينقطع التقادم ضد الكفيل . وقد قضت محكمة النقض بأن مطالبة المدين واستصدار حكم عليه بالدين لا يغير مدة التقادم بالنسبة إلى الكفيل المتضامن إذا كان لم يطالب ولم يحكم عليه معه (نقض مدنى ٦ يونيه ١٩٤٤ مجموعة عمر ٣ رقم ٦٧ ص ٢٣٩ – انظر عكس ذلك المادة ٢٢٥٠ مدنى فرنسى ، وينتقد الفقه الفرنسى ما ورد فى هذا النص : بودرى وتيسييه فقرة ٥٦٥ » (الوسيط ٣ فقرة ٦٣٩ ص ١١٢٢ هامش ٤) .

(٢) جيوار فقرة ١٦١ – بودرى وفال فقرة ١١٦٥ .

للمادة ١/٣٨٧ مدنى وتنص على أنه « لا يجوز للمحكمة أن تقضى بالتقادم من تلقاء نفسها ، بل يجب أن يكون ذلك بناء على طلب المدين أو بناء على طلب دائنيه أو أى شخص له مصلحة فيه ولو لم يتمسك به المدين » . والكفيل لا شك فى أن له مصلحة فى التمسك بتقادم الدين الأصلى ، إذ تبرأ ذمته من الكفالة . وإن كان المدين الأصلى قد نزل عن التقادم ، جاز للكفيل أن يطعن فى هذا النزول بالدعوى الولصية باعتباره دائناً للمدين الأصلى ، وذلك تطبيقاً للمادة ٢/٣٨٨ مدنى وتنص على ما يأتى : « وإنما يجوز لكل شخص يملك التصرف فى حقوقه أن ينزل ضمناً عن التقـادم بعد ثبوت الحق فيه ، على أن هذا النزول لاينفذ فى حق الدائنين إذا صدر إضرار بهم »[1]

٩٣ — انقضاء الكفالة بفسخ الدين المكفول أو بإبطاله : وقد يزول الدين المكفول بفسخ العقد الذى أنشأه ، فيصبح الدين كأن لم يكن ، وكذلك تصبح الكفالة كأن لم تكن تبعاً للدين . مثل ذلك أن يضمن كفيل التزام المشترى بدفع الثمن ، ثم يفسخ البيع فيزول بأثر رجعى ويعتبر دين الثمن كأن لم يكن ، وكذلك يزول التزام الكفيل تبعاً لزوال التزام المشترى بدفع الثمن . ولا تعود الكفالة بعد أن زالت ، حتى لو كان المدين الأصلى الذى زال التزامه بالفسخ التزم من جديد ، بل لا بد أن يلتزم الكفيل كذلك من جديد[2]. وكالفسخ تحقيق الشرط الناسخ[3] .

وما يقال عن فسخ الدين المكفول وتحقق الشرط الفاسخ يقال كذلك عن إبطال الدين ، فإذا كان العقد الذى أنشأ الدين المكفول قابلا للإبطال وأبطل بأثر رجعى ، زال الدين المكفول بأثر رجعى ، وزالت بزواله الكفالة بأثر رجعى كذلك[4] .

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ١٤١ — سليمان مرقس فقرة ١٤٢ .
(٢) جيوار فقرة ٢٢٨ — بودرى وفال فقرة ١١٦٨ .
(٣) بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٥٢ ص ١٠٠٢ .
(٤) بودرى وفال فقرة ١١٦٩ .

المبحث الثانى

انقضاء الكفالة بطريق أصلى

٩٤ – كيف تنقضى الكفالة بطريق أصلى : تنقضى الكفالة بطريق أصلى إما بانقضاء التزام الكفيل دون الدين المكفول بسبب من أسباب انقضاء الالتزام . أو بأوجه خاصة بالكفالة دون غيرها .

المطلب الأول

انقضاء التزام الكفيل دون الدين المكفول بسبب من أسباب انقضاء الالتزام

٩٥ – أسباب انقضاء التزام الكفيل دون الدين المكفول : قد ينقضى التزام الكفيل بسبب من أسباب انقضاء الالتزام فتنقضى الكفالة ، ولكن يغلب أن ينقضى فى الوقت ذاته الالتزام المكفول لا التزام الكفيل فحسب فإذا وفى الكفيل التزامه للدائن أو قضاه عن طريق الوفاء بمقابل ، أو عن طريق التجديد أو عن طريق المقاصة[1] ، فإنه يكون قد قضى التزامه ككفيل

---

(١) ولا تقع المقاصة بين دين للدائن فى ذمة الكفيل ودين الكفيل غير متضامن فى ذمة الدائن ، إذ الدينان هنا غير متقابلين ، فأحدهما فى ذمة المدين للدائن والآخر فى ذمة الدائن للكفيل لا للمدين . ولكن يجوز للكفيل أن يتمسك بالمقاصة فى دين له على الدائن ، إذ هو يفى بالدين المكفول عن طريق المقاصة . ولكن المقاصة هنا اختيارية لا قانونية ، فلا ينقضى الدينان إلا من وقت التمسك بالمقاصة . ولا يجوز للدائن أن يرجع على المدين بعد ذلك ، فقد استوفى حقه من الكفيل . ويستطيع الكفيل أن يتمسك بالمقاصة بين الدين الذى كفله ودين للمدين فى ذمة الدائن ، لأن مديونيته تابعة لمديونية المدين ، فإذا تخلص المدين من مديونيته عن طريق المقاصة تخلص الكفيل تبعاً لذلك . وقد نصت المادة ١٢٩٤ مدنى فرنسى على هذه الأحكام صراحة ، إذ تقول : « يجوز الكفيل أن يتمسك بالمقاصة فى دين على الدائن للمدين الأصلى ، –

ينقضى فى الوقت ذاته الدين المكفول . وهنا نفرض أن الكفيل نفسه هو الذى قام بقضاء التزامه ، فوفاه أو وفاه بمقابل أو جدده أو قاص به حقاً له فى ذمة الدائن[1] . أما فيما تقدم . فقد فرضنا أن المدين هو الذى قام بقضاء الدين المكفول ، فوفاه أو وفاه بمقابل أو جدده أو قاص به حقاً له فى ذمة الدائن .

ولكن قد يحدث أن الكفيل يقضى التزامه ككفيل . دون أن ينقضى بذلك الدين المكفول . وإذا صح القول بأن قضاء الكفيل لالتزامه يكون فيه انقضاء للكفالة بطريق أصلى حتى لو انقضى الدين المكفول[2] ، فإن قضاء الكفيل لالتزامه دون أن ينقضى الدين المكفول يصدق عليه بوضوح أكبر أن الكفالة قد انقضت بطريق أصلى[3] . ويقع ذلك فى اتحاد الذمة والإبراء

= ولكن لا يجوز للدين الأصلى أن يتمسك بالمقاصة فى دين على الدائن للكفيل » . انظر الوسيط ٣ فقرة ٥٩٣ – أوبرى ورو ٦ فقرة ٤٢٩ ص ٢٩٧ – بلانيول وريبير وساقاتييه فقرة ١٥٥٤ .

ولا يجوز للدائن أن يتمسك بالمقاصة بين حقه ودين له على الكفيل ، إلا إذا لم يكن للكفيل الحق فى التمسك بعدم جواز مطالبته أولا أو بالدفع بالتجريد (عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ١٤٤ – سليمان مرقس فقرة ١٤٣ ص ١٥٧) .

(١) وقد قضت المادة ١٠٩٠ لبنانى على « أن إيفاء الكفيل للدين يبرئ ذمة الكفيل والمديون الأصلى معاً . وكذلك إحالة الكفيل للدائن على شخص ثالث إذا قبل الدائن والشخص الثالث هذه الإحالة – وإيداع الشيء الواجب إذا تم على وجه صحيح ، والإيفاء بأداء العوض ، وتجديد الدين بين الدائن والكفيل » .

(٢) انظر أوبرى ورو ٦ فقرة ٤٢٩ ص ٢٩٦ – بودرى وقال فقرة ١١٧٠ – بلانيول وريبير وساقاتييه فقرة ١٥٥٣ .

(٣) أما موت الكفيل فلا تنقضى به الكفالة ، بل يبقى التزام الكفيل فى تركته . وفى التقنينات التى يرث فيها الورثة على مورثهم ، ينتقل التزام الكفيل إلى ورثته ، وقد قضت المادة ١٠٩٧ لبنانى على « أن وفاة الكفيل لا تسقط الكفالة ، بل ينتقل موجب الكفيل إلى ورثته » .

والتقادم ، فقد ينقضى بسبب من هذه الأسباب التزام الكفيل دون أن ينقضى الدين المكفول . فنقصر القول على كل من هذه الأسباب الثلاثة .

٩٦ — انقضاء التزام الكفيل باتحاد الذمة : قد ينقضى التزام الكفيل باتحاد الذمة ، دون أن ينقضى الدين المكفول . ويتحقق ذلك إذا مات الدائن وورثه الكفيل ، فاتحدت الذمة وانقضت الكفالة ، فإن التزام الكفيل ينقضى بصفه أصلية لأنه ورث الدائن فأصبح دائناً لنفسه ، ولكن الدين المكفول لا ينقضى . فيستطيع الكفيل ، الذى أصبح دائناً باتحاد الذمة ، أن يرجع على المدين بالدين ذاته كما كان يرجع الدائن قبل موته[1] .

كذلك إذا مات المدين وورثه الكفيل ، أو مات الكفيل وورثه المدين ، فاتحدت الذمة فى القانون الفرنسى بين المدين والكفيل ، استطاع من ورث الآخر أن يودى الدين للدائن باعتباره مديناً أصلياً لا كفيلا[2] ، ولكن التزامه ككفيل يبقى معتدا به ، فإذا كان للكفيل كفيل بقى التزام كفيل الكفيل قائماً مستنداً إلى التزام الكفيل بالرغم من انقضائه باتحاد الذمة . ويستطيع الدائن أن يرجع على كفيل الكفيل ، فإذا وفى الأخير الدين كان له أن يرجع على المدين أو على الكفيل ، من بقى منهما حياً وورث الآخر ، وقد تقدم بيان ذلك[3] .

٩٧ — انقضاء التزام الكفيل بالإبراء : وإذا أبرأ الدائن الكفيل من الكفالة ، برئت ذمة هذا الأخير دون أن ينقضى الدين المكفول ، فيكون الدائن قد نزل عن الكفيل واستبقى المدين الأصلى[4] . أما العكس فغير

---

(١) انظر آنفا فقرة ٨٩ .

(٢) وتطغى صفة المدين الأصلى على صفة الكفيل فى العلاقة مع الدائن ، فلا يجوز الدفع بالتقسيم ولا بالتجريد ولا بإضاعة التأمينات (عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ١٤٤) .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٨٩ — وانظر أوبرى ورو فقرة ٤٢٩ ص ٢٩٧ — بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٥٦ .

(٤) انظر آنفاً فقرة ٩٠ .

صحيح ، فلا يجوز للدائن أن يبرئ ذمة المدين الأصلى دون أن يبرئ ذمة الكفيل ، وذلك لأن زوال الأصل يستتبع زوال التبع[1] ؛

وإذا أبرأ الدائن أحد الكفلاء ، فلا تبرأ ذمة باقيهم . وتجوز مطالبتهم كل بقدر الحصة التى كفلها إذا كان الكفلاء غير متضامنين . كما تجوز مطالبة أى منهم بالدين بعد استنزال حصة الكفيل الذى أبرئ إذا كان الكفلاء متضامنين[2] .

---

(١) وتنص المادة ١٢٨٨ مدنى فرنسى على أن « ما أخذه الدائن من الكفيل لإبراء ذمته من الكفالة يستنزل من الدين ، وتبرأ بمقداره ذمة المدين الأصلى وذمة الباقى من الكفلاء » . وهذا نص ينتقده الفقه الفرنسى لمخالفته للقواعد العامة ، إذ أن نية الطرفين ، الدائن والكفيل ، قد انصرفت فى هذه الحالة إلى أن الكفيل دفع مقابلا لإبراء ذمته من الكفالة . وقد رضى الدائن بذلك معرضا نفسه لخطر ألا يستوفى الدين كله أو بعضه من المدين الأصلى ، وقد ينتهى به إلى الخسارة فيما إذا لم يستوف حقه أو لم يستوف إلا جزءاً منه . فما أخذه من الكفيل هو المقابل لهذا الغرض الذى عرض نفسه له ، فهو ضرب من التأمين (ديرانتون ١٢ فقرة ٣٧٩ – ديمولومب ٢٨ فقرة ٤٩٩ – فقرة ٤٧١ – لوران ٢٨ فقرة ٣٧٤ – هيك ٨ فقرة ١٤١ – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣١٢ ص ٧٢٤ – ص ٧٢٥) . ولم ينقل التقنين المصرى هذا النص ، فيجب تطبيق القواعد العامة . ومقتضى تطبيقها أن تكون العبرة بنية الطرفين ، الدائن والكفيل . فإن قصدا أن يفتدى الكفيل ذمته بما دفعه للدائن من المقابل ويكون الدائن بعد ذلك أن يرجع على المدين بكل الدين ، برئت ذمة الكفيل ، ولا يرجع عليه الدائن إذا لم يستوف كل حقه من الدين . ولا يرجع هو على المدين بما أعطاه للدائن ، وكذلك لا يرجع على الدائن حتى استوفى هذا كل حقه من المدين . وإن قصدا أن يستنزل المقابل من الدين ، لم تبرأ ذمة الكفيل من باقى الدين ، ويرجع عليه الدائن إذا لم يستوف من المدين ما بقى من حقه ، ويرجع هو على المدين بما أعطاه للدائن . وعند الشك يكون المفروض أن الدائن بأخذه المقابل من الكفيل أراد إبراء ذمته من الكفالة ، ويكون الدائن قد احتفظ بحقه فى الرجوع بكل الدين على المدين . إذ لو أراد استنزال المقابل من الدين ، لاستبقى الكفيل يرجع عليه فيما إذا لم يستوف من المدين الباقى من حقه (انظر الوسيط ٣ فقرة ٥٨٣ ص ٩٧٩ هامش ١) .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٩٠ – وانظر أوبرى ورو ٦ فقرة ٤٢٩ ص ٢٩٧ – بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٥٠ .

٩٨ — انقضاء التزام الكفيل بالتقادم : وقد ينقضى التزام الكفيل بالتقادم ، دون أن ينقضى الدين المكفول . وقد قدمنا[1] أن الغالب أن يسرى التقادم بالنسبة إلى الدين الأصلى فى الوقت الذى يسرى فيه بالنسبة إلى التزام الكفيل ، فينقضى الدينان بالتقادم فى وقت واحد . ولكن قد يحدث أن ينقضى التزام الكفيل بالتقادم ، وذلك دون أن ينقضى الدين الأصلى . وعند ذلك تنقضى الكفالة لانقضاء التزام الكفيل ، وإن كان التزام المدين الأصلى لا يزال باقياً . فإن انقطع التقادم بالنسبة إلى المدين الأصلى بقى التزامه قائماً ، أما التزام الكفيل الذى لم ينقطع سريان التقادم بالنسبة إليه فإنه ينقضى بالتقادم[2] وقد يقف التقادم بالنسبة إلى المدين الأصلى ولا يقف بالنسبة إلى الكفيل ، فيتقادم التزام الكفيل قبل أن يتقادم التزام المدين الأصلى . وفى مثل هذه الأحوال تبرأ ذمة الكفيل بصفة أصلية ، مع بقاء المدين الأصلى ملتزماً بالدين[3] .

وقد قدمنا[4] أن قطع التقادم بالنسبة إلى المدين الأصلى ، فى التقنين المدنى الفرنسى (م ٢٢٥٠) ، يقطع التقادم بالنسبة إلى الكفيل[5] . ولذلك لا يتحقق فى التقنين المدنى الفرنسى أن يتقادم التزام الكفيل دون أن يتقادم الدين الأصلى عن طريق قطع سريان التقادم بالنسبة إلى المدين الأصلى ، فإن قطع التقادم بالنسبة إلى المدين الأصلى يقطعه بالنسبة إلى التزام الكفيل كما

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٩٢ .

(٢) نقض مدنى ٦ يونيه سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٦٧ ص ٢٣٩ — سليمان مرقس فقرة ١٤٣ .

(٣) انظر آنفا فقرة ٩٢ — وإذا تقادم الدين الأصلى دون أن يتقادم التزام الكفيل ، فإن التزام الكفيل لا ينقضى بصفة أصلية ، ولكنه ينقضى بصفة تبعية تبعا لانقضاء الدين الأصلى بالتقادم (عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ١٤٤ — سليمان مرقس فقرة ١٤٣ ص ١٥٨) .

(٤) انظر آنفا فقرة ٩٢ .

(٥) أوبرى ورو ٦ فقرة ٤٢٩ ص ٢٩٧ .

سبق القول . ولذلك يتقادم التزام الكفيل وبتقادم الدين الأصلى فى وقت واحد ، إذا بدأ سريان التقادم فى وقت واحد بالنسبة إلى كليهما[1] .

المطلب الثانى

أوجه خاصة بالكفالة دون غيرها

٩٩ — أوجه ثلاثة خاصة بالكفالة : وهناك أوجه ثلاثة قد تنقضى بها الكفالة بطريق أصلى ، دون أن ينقضى الدين المكفول . وهذه الأوجه ليست مجرد تطبيق للقواعد العامة فى انقضاء التزام الكفيل كما هى الحال فيما تقدم فى المطلب الأول ، بل هى أوجه خاصة بالكفالة دون غيرها .

وقد نص التقنين المدنى على هذه الأوجه الثلاثة ، وهى :

(١) براءة ذمة الكفيل بقدر ما أضاعه الدائن بخطأه من الضمانات ، وذلك دون أن ينقضى الدين الأصلى (م ٧٨٤ مدنى) :

(٢) براءة ذمة الكفيل لتأخر الدائن فى اتخاذ الإجراءات ضد المدين ، وذلك أيضاً دون أن ينقضى الدين الأصلى (م ٧٨٥ مدنى) .

(٣) عدم تقدم الدائن فى تفليسة المدين ، فتبرأ ذمة الكفيل بقدر ما أصاب هذا الأخير من ضرر بسبب إهمال الدائن ، وذلك مع بقاء الدين الأصلى قائماً (م ٧٨٦ مدنى) .

---

(١) وقد تنقضى الكفالة دون أن ينقضى الدين الأصلى لأسباب أخرى . من ذلك إذا علق الكفيل كفالته على شرط استخدام المدين المبلغ الذى اقترضه ، والذى ضمنه الكفيل ، لغرض معين ، فلم يستعمله المدين لهذا الفرض ، فإن الكفالة تزول ويبقى الدين الأصلى (أوبرى ورو ٦ فقرة ٤٢٩ ص ٢٩٧ – ص ٢٩٨) .

وقد يحل التزام الكفيل قبل أن يحل الدين الأصلى ، بأن يشهر إفلاس الكفيل قبل حلول الدين الأصلى ، وعندئذ يصبح التزام الكفيل مستحق الأداء حتى قبل موعد استحقاق الدين الأصلى ، وللدائن أن يتقدم ضمن سائر الدائنين فى تفليسة الكفيل . وفى ذلك تنص ٢/١٠٧١ لبنانى على « أن إعلان عدم ملاءة الكفيل يجعل الدين مستحق الأداء عليه حتى قبل موعد استحقاق الدين الأصلى ، وللدائن فى هذه الحالة أن يطلب إدخال دينه فى ديون جماعة الدائنين » .

وسنرى أن التقنين المدنى السابق ، وقد اقتفى فى ذلك أثر التقنين المدنى الفرنسى ، كان يعالج الوجهين الأخيرين – براءة ذمة الكفيل لتأخر الدائن فى اتخاذ الإجراءات ضد المدين وعدم تقدم الدائن فى تفليسة المدين – لا ببراءة ذمة الكفيل بقدر ما أصابه من ضرر ، بل برجوع الكفيل على المدين قبل أن يدفع المدين بدعوى يطلب فيها أن يؤمنه المدين بما يكفل رجوعه عليه إذا اضطر لدفع الدين .

ونبحث فيما يلى هذه الأوجه الثلاثة الخاصة بالكفالة .

١ – براءة ذمة الكفيل بقدر ما أضاعه الدائن بخطأه من الضمانات

١٠٠ – نص قانونى : تنص المادة ٧٨٤ مدنى على ما يأتى :

« ١ – تبرأ ذمة الكفيل بقدر ما أضاعه الدائن بخطأه من الضمانات » .

« ٢ – ويقصد بالضمانات فى هذه المادة كل تأمين يخصص لضمان الدين ولو تقرر بعد الكفالة ، وكل تأمين مقرر بحكم القانون »[1] .

ويقابل النص فى التقنين المدنى السابق المادة ٥١٠/٦٢٣[2] .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدنى السورى

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١١٥٦ / ١و٢ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٨٥٣ فى المشروع النهائى ، مع فقرتين أخريين . ووافق مجلس النواب على النص تحت رقم ٨٥١ ، بعد فصل الفقرتين الأخريين وجعلهما مادة مستقلة هى المادة التالية . ووافق مجلس الشيوخ على النص بعد التعديل المتقدم الذكر ، تحت رقم ٧٨٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٤٧٣ – ص ٤٧٨) .

(٢) التقنين المدنى السابق م ٥١٠ / ٦٢٣ : يبرأ الكفيل بقدر ما أضاعه الدائن بتقصيره من التأمينات التى كانت له .

م ٧٥٠ – التقنين المدنى الليبي م ٧٩٣ – التقنين المدنى العراق م ١٠٢٧ – قانون الموجبات والعقود اللبنانى م ١٠٨٩[1] .

ولما كان النص يبرئ ذمة الكفيل بقدر ما أضاعه الدائن بخطأه من الضمانات فإن الأمر يقتضى بحث المسائل الخمس الآتية : (١) الكفلاء الذين يحق لهم التمسك ببراءة ذمتهم . (٢) الأساس الذى تقوم عليه براءة ذمة الكفيل (٣) الخطأ الذى يرتكبه الدائن . (٤) الضمانات التى يضيعها الدائن بخطأه (٥) الشروط الواجب توافرها لبراءة ذمة الكفيل .

١٠١ – الكفلاء الذين يحق لهم التمسك ببراءة ذمتهم : يحق له التمسك ببراءة ذمته كل كفيل شخصى ، متضامن أو غير متضامن .

فالكفيل غير المتضامن يجوز له التمسك ببراءة ذمته إذا ارتكب الدائن خطأ يضيع التأمينات على الكفيل . ولا يستطيع الدائن أن يعتبر الكفيل غير المتضامن مسئولا ، فان مسئوليته قد ارتفعت بالخطأ الذى ارتكبه الدائن

وحتى لو كان الكفيل متضامناً مع المدين ، فانه يستطيع أن يتمسك ببراءة ذمته إذا ارتكب الدائن خطأ أضاع عليه التأمينات ، فالقانون لا يميز بين الكفيل غير المتضامن والكفيل المتضامن فى هذا الصدد[2]. فيستطيع إذن

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٧٥٠ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٧٩٣ (مطابق) .

التقنين المدنى العراق م ١٠٢٧ (موافق) .

قانون الموجبات والعقود اللبنانى م ١٠٨٩ : تبرأ ذمة الكفيل إذا أصبح حلوله محل الدائن فى الحقوق غير ممكن بسبب فعل من الدائن .

(٢) بون ٢ فقرة ٣٦٨ – لوران ٢٨ فقرة ٣٠٤ – جيوار فقرة ٢٤٣ – أوبرى ورو ٦ فقرة ٤٢٩ ص ٣٠٢ – بودرى وفال فقرة ١١٨٨ – بلانيول وريبير وساقاتييه فقرة ١٥٥٨ – وانظر استئناف وطنى ٢٠ مارس سنة ١٩١٨ المجموعة الرسمية ١٩ رقم ٧٦ ص١٠٧– محكمة استئناف مصر ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٢٥ المجموعة الرسمية ٢٨ رقم ٥٦ – ٢٤ مارس سنة –

الكفيل الاحتياطى (aval) والكفيل فى شؤون الجمارك أن يتمسكا ببراءة ذمتهما ، وكذلك يستطيع التمسك ببراءة الذمة الكفيل الذى نزل عن الدفع بالتجزيد[١] . وكذلك يستطيع أن يتمسك ببراءة ذمته الكفيل العينى ، فهو كفيل ركز كفالته فى عين معينة بالذات[٢] .

ولكن لا يستطيع أن يتمسك ببراءة ذمته الحائز للعقار ، وهو المشترى للعقار الذى رهنه المدين فى الدين ، إذ أن هذا المشترى ليس بكفيل[٣]

= ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٧٥ ص ١٧٦ — عكس ذلك استئناف مختلط ٢٠ فبراير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٦٠ — ٢٩ يناير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٩٥ .

وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه إذا قصر الدائن المؤجر فى توقيع الحجز الامتيازى على زراعة المستأجر ، كان هذا تقصيرا منه فى إضاعة التأمينات الخاصة يبرئ ذمة الكفيل ، ولكن لا تقصير فيما إذا جاء الدائن وحمل من الطريق الود على الاستفادة من هذا الامتياز ببيع المحصول بالتراضى مع المدين (استئناف مصر ٢٩ يونيه سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٢٦٥ ص ٥٣٤) — وانظر استئناف مختلط ١٨ مارس سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٢٧٤ — ١٥ ديسمبر سنة ١٨٩٢ م ٥ ص ٥٣ — ٢ مارس سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ١٦٨ — أول مايو سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢٢٨ — ٣١ يناير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١١٨ — ٨ يناير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ١٠٤ — ٧ ديسمبر سنة ١٩١٥ م ٢٨ ص ٤٦ — ١٥ نوفبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ٤٩ — ١٠ ديسمبر سنة ١٩١٨ م ٣١ ص ٥٤ — ١٣ مارس سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٢٨١ — ١٤ يونيه سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٤٣٤ — ١٧ فبراير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٧٩ — ٢١ ديسمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ٤٨ — ١١ يناير سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٩٠ — ٧ مارس سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ١٨٦ — ١١ يونيه سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٩٩ — ٢ مايو سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ١٣٨ — ٣ نوفبر سنة ١٩٤٨ م ٦١ ص ١٤ .

(١) بون ٢ فقرة ٣٦٧ — جيوار فقرة ٢٤٣ — بودري وفال فقرة ١١٨٨ ص ٦٢٤ .

(٢) أوبرى ورو ٦ فقرة ٤٢٩ ص ٣٠٢ — بودرى وفال فقرة ١١٨٧ — بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٥٨ — عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ١٤٨ ص ٢٢٠ — محمد على إمام فقرة ١١٦ ص ١٨٤ — جمال الدين زكى فقرة ٤٦٠ ص ٩٢ — منصور مصطفى منصور فقرة ٣٨ ص ٧٢ . وانظر عكس ذلك بون ٢ فقرة ٣٧١ — لوران ٢٨ فقرة ١٥١ — جيوار فقرة ٢٤٦ .

(٣) بون فقرة ٣٧٢ — جيوار فقرة ٢٤٧ — أوبرى ورو ٦ فقرة ٤٢٩ ص ٣٠٢ — بودرى وفال فقرة ١١٨٧ — بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٥٨ — عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ١٤٨ ص ٢١٩ .

ولا يستطيع أن يتمسك ببراءة ذمته المدين المتضامن مع غيره من المدينين[١] لأن المدين المتضامن إنما يلتزم لمصلحته هو ، أما الكفيل فيلتزم لمصلحة غيره وهو المدين فيجب أن تكون حمايته أوسع من حماية المدين المتضامن . ولا يستطيع أن يتمسك ببراءة ذمته الوسيط (commissionnaire ducroire) ، إذ هو ليس بكفيل[٢] .

١٠٢ — الأساس الذى تقوم عليه براءة ذمة الكفيل : تبرأ ذمة الكفيل لأن الدائن قد تسبب بخطأه فى جعل الكفيل محله فى ضماناته مستحيلا ، وقد كان من حق الكفيل أن يحل محل الدائن فى هذه الضمانات . فإذا أضاع الدائن هذه الضمانات التى اعتمد عليها الكفيل فى كفالته للدين ، كان من حق الكفيل أن تبرأ ذمته بقدر ما أضيع من ضمان[٣] . ويمكن أن يضاف أيضاً إلى السبب المتقدم سبب آخر ، هو أن الكفيل من حقه أن يحل محل الدائن فى الضمانات التى كانت لهذا الأخير ، بسبب الخدمة التى يؤديها الكفيل للدائن[٤] .

وقد أريد جعل الدفع بالتجريد أساساً تقوم عليه براءة ذمة الكفيل ، ولكن ذلك لا يستقيم مع جعل الأساس الذى تقوم عليه براءة ذمة الكفيل يرجع إلى القانون الرومانى . فقد كان هذا القانون هو الذى يبرئ ذمة الكفيل ، والدليل على ذلك أن الكفيل القضائى ، ولم يكن حق التجريد فى هذا القانون ، كان من الكفلاء الذين تبرأ ذمتهم[٥] .

---

(١) بون ٢ فقرة ٢٦٩ — جيوار فقرة ٢٤٥ — أوبرى ورو ٦ فقرة ٤٢٩ هامش ٢١ — بودرى وفال فقرة ١١٨٩ — بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٥٨ — عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ١٤٨ ص ٢١٨ — ص ٢١٩ .

(٢) بودرى وفال فقرة ١١٩٠ ص ٦٢٦ .

(٣) بودرى وفال فقرة ١١٧٤ ص ٦١١ .

(٤) انظر Labbé فى تعليقه على سيريه ٨٧ — ١ — ٥ — Fournier فى المجلة الانتقادية سنة ١٨٨٧ : ١٦ فقرة ٤١ ص ٥٥ — بودرى وفال فقرة ١١٧٤ .

(٥) بودرى وفال فقرة ١١٧٤ ص ٦١٢ .

١٠٣ — الخطأ الذي يرتكبه الدائن : يجب أن يرتكب الدائن خطأ يترتب عليه إضعاف التأمينات التي له[1] ، كأن يبرئ ذمة أحد الكفلاء[2] ، أو أن ينزل عن رهن ترتب لمصلحته[3] . كذلك يعتبر خطأ من الدائن أن يهمل في اتخاذ الإجراءات اللازمة للمحافظة على رهن ترتب لضمان حقه[4] ، كأن يهمل في تجديد قيد الرهن الرسمي ، أو كأن يبيع بثمن بخس القيم التي ارتهنها ضماناً لحقه[5] ، أو أن يتأخر في استيفاء حقه عن دائنين كان له أن يتقدم عليهم[6] .

ويكون الدائن مسئولا إذا هو جعل المدين يضعف من أثر الرهن المترتب على عقار مملوك له ، فتبرأ ذمة الكفيل بقدر ما أضعف المدين من أثر هذا الرهن . كذلك يكون الدائن مسئولا إذا هو أنقص من قيمة العقار ، بأن استأجره لمدة طويلة[7] .

---

(١) نقض فرنسي ١٦ نوفمبر سنة ١٩٣٨ جازيت دي پاليه ١٩٣٩ – ١ – ٤٠ – ٣ ديسمبر سنة ١٩٤١ D.A. ١٩٤٢ – J. ٤٩ – ٥ يونيه سنة ١٩٤٥ – ٤ . وانظر پلانيول وريپير وساڤاتييه فقرة ١٥٦٠ ص ١٠٠٦ .

(٢) جيوار فقرة ٢٨٨ .

(٣) جيوار فقرة ٢٣٤ وفقرة ٢٣٨ – نقض فرنسي ٤ نوفمبر سنة ١٨٩٦ داللوز ٩٧ – ١ – ٥٦٩ .

(٤) نقض فرنسي ٢ ديسمبر سنة ١٨٩٥ داللوز ٩٦ – ١ – ٢٥٥ – ١٨ مارس سنة ١٩٠١ داللوز ٣ – ١ – ٣٤٥ – ديرانتون ١٨ فقرة ٣٨٢ – پون٢ فقرة ٣٨٠ – فقرة ٣٨١ – لوران ٢٨ فقرة ٣١٠ – فقرة ٣٤٣ – بودري وڤال فقرة ١١٧٦ ص ٦١٣ – أوبري ورو ٦ فقرة ٧٢٢ هامش ١٢ .

(٥) باريس ١٤ فبراير سنة ١٨٩١ جازيت د تريبينو ١٩ أغسطس سنة ١٨٩٤ .

(٦) جيوار فقرة ٢٣٨ – ديچون ١١ مارس سنة ١٨٨٦ منشور تحت حكم محكمة النقض الفرنسية في ٣ يناير سنة ١٨٨٨ داللوز ٨٨ – ١ – ٣٦ .

(٧) جيوار فقرة ٢٣٨ – بودري وڤال فقرة ١١٧٨ – پلانيول وريپير وساڤاتييه فقرة ١٥٦٠ .

ولا يكون الدائن مسئولا عن الخطأ الذى يرتكبه الغير[١] ، ولا عن الخطأ الذى يرتكبه الكفيل نفسه[٢] . ولا يكون مسئولا عن الخطأ الذى يرتكبه هو إذا اشترك الكفيل فى هذا الخطأ[٣] ، كما لا يكون مسئولا عن الخطأ الذى يرتكبه فى إهماله الحصول على ضمان جديد[٤] .

١٠٤ — الضمانات التى يضيعها الدائن بخطأه : أما الضمانات التى يضيعها الدائن بخطأه . فقد كان هناك رأى يقصرها على التأمينات الاتفاقية ، كالرهن الرسمى والرهن الحيازى . ولكن الرأى الذى تغلب فى هذا الصدد هو أن يدخل أى تأمين حتى لو كان تأميناً قانونياً كحقوق الامتياز وقد ورد النص صريحاً فى هذا المعنى[٥] ، وحتى لو كان تأميناً قضائياً كحق الاختصاص[٦] .

كذلك قام خلاف فيما إذا كان يدخل فى هذه الضمانات التأمينات التى

---

(١) جيوار فقرة ٢٣٧ .

(٢) هيك ١٢ فقرة ٢٥١ — جيوار فقرة ٢٣٧ — بودرى وقال فقرة ١١٧٧ .

(٣) أوبرى ورو ٦ فقرة ٤٢٩ هامش ١٣ — بودرى وقال فقرة ١١٧٧ ص ٦١٧ — محمد كامل مرسى فقرة ٧١ ص ٩٥ — عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ١٥١ — استئناف مختلط ٢٧ يونيه سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٢٧٢ — وانظر عكس ذلك سليمان مرقس فقرة ٧٠ ص ٧٤ — منصور مصطفى منصور فقرة ٣٨ ص ٧٧ — وقد ذهب بعض الفقهاء إلى أنه لما كان الخطأ مشتركا بين الكفيل والدائن ، فإن الكفيل يتخفف من بعض التزامه (لوران ٢٨ فقرة ٣١٢ وفقرة ٣١٤ — جيوار فقرة ٢٣٧ — وهذا ما كان يذهب إليه بودرى وقال فى الطبعات السابقة) .

(٤) أوبرى ورو ٦ فقرة ٤٢٩ هامش ١ — بودرى وقال فقرة ١١٧٩ — بلانيول وريبير وساقاتييه فقرة ١٥٥٩ ص ١٠٠٥ — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٩٨٠ — چوسران ٢ فقرة ١٤٩١ .

(٥) انظر المادة ٢/٧٨٤ مدنى آنفا فقرة ١٠٠ .

(٦) بل يدخل أيضا الحق فى الحبس (نقض فرنسى ٨ يوليه ١٩١٣ داللوز ١٩١٤ — ١ — ٢٤١ — بودر وقال فقرة ١٧٧٦) ، وحق الدائن فى الفسخ (بلانيول وريبير وساقاتييه فقرة ١٥٥٩) .

توجد بعد قيام الكفالة . فذهب رأى إلى أن هذه التأمينات لا تدخل ، ولا تدخل إلا التأمينات التى كانت موجودة عند قيام الكفالة[١] . ولكن الرأى الذى تغلب ، والذى أخذ به التقنين المدنى المصرى الجديد صراحة[٢] ، هو أن جميع التأمينات تدخل ، سواء ما وجد منها عند قيام الكفالة أو ما يوجد منها بعد قيام الكفالة[٣] .

وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « ولما كان قد ثار نزاع فى العمل بشأن تحديد الضمانات التى يترتب على ضياعها بخطأ الدائن إبراء الكفيل ، فقررت بعض الأحكام أن المقصود هو التأمين الاتفاقى كالرهن التأمينى أو الحيازى (انظر على الأخص استئناف مختلط ٣١ يناير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١١٨ — ٣ ديسمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ٧٦ — ٢٧ يناير سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ١٣٧ — ١٤ أبريل سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢٧٨ — ٧ يونيه سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤٩٠) . ورأت غالبية الأحكام أن المقصود هو كل تأمين خصص لوفاء الدين ، حتى لو كان تأميناً قانونياً (راجع استئناف مختلط ١٤ مايو سنة ١٩١٣م ٢٥ ص ٣٧٦ — ١٥ مايو سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٤٤٥) . كذلك قام الخلاف بشأن التأمينات التى توجد بعد قيام الكفالة ، وهل يشملها النص . وقد جرى القضاء على أن هذه التأمينات لم يقصدها المشرع ، فلا يترتب على ضياعها بخطأ الدائن إبراء الكفيل (استئناف أهلى ٢٢ مايو سنة ١٩١٢ الحقوق ٢٨ ص ٥١ — استئناف مختلط ١٥ يناير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ١٥٦ — ١٣ مارس سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٣٧٦ — ٧ مارس سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ١٨٦) . ولكن يعاب على

---

(١) أوبرى ورو ٦ فقرة ٤٢٩ هامش ١٥ — بلانيول وريبير وساڤاتييه فقرة ١٥٥٩ ص ١٠٠٥ — نقض فرنسى ٨ يوليه سنة ١٩١٣ داللوز ١٩١٤ — ١ — ٢٤١ .

(٢) انظر المادة ٢/٧٨٤ مدنى آنفا فقرة ١٠٠ .

(٣) بودرى وڤال فقرة ١١٧٩ — نقض مدنى ٢٢ يوليه سنة ١٨٨٣ داللوز ٨٤ — ١ — ١٨٠ .

هذا الرأى أن مبنى الدفع فكرة الحلول والتبعية ، وأن الكفيل يحل محل الدائن فى التأمينات التى تتقرر بعد الكفالة وضياعها بخطأه يحرمه من ذلك الحلول . وقد قضى المشروع على كل هذا الخلاف ، بأن قرر فى الفقرة الثانية أن الضمانات المقصودة فى هذه المادة تشمل كل تأمين خصص لضمان الدين حتى لو تقرر بعد الكفالة ، وكذلك كل تقرير مقرر بحكم القانون »[1] .

١٠٥ — الشروط الواجب توافرها لبراءة ذمة الكفيل : وحتى تبرأ ذمة الكفيل ، يجب عليه أن يثبت أنه قد أصابه ضرر من عمل الدائن ، وأن يتمسك ببراءة ذمته . وألا يكون هناك اتفاق على عدم حلول الكفيل محل الدائن .

فيجب ، أولا ، أن يثبت الكفيل أنه قد أصابه ضرر من عمل الدائن[2] . فلا يجوز للكفيل أن يتمسك ببراءة ذمته إذا نزل الدائن عن رهن متأخر فى المرتبة بحيث لا يسعفه أصلا فى تقاضى حقه[3] . أو نزل عن كفيل فى نظير أن يحل محله كفيل آخر يماثله فى اليسار[4] . كذلك لا يجوز للكفيل أن

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٤٧٤ — ص ٤٧٥ : — فإذا كان الدين المكفول ليس مضمونا بغير الكفالة ، لم يثبت التمسك بإضاعة التأمينات للكفيل ، حتى لو تهاون الدائن فأعسر المدين ، أو قصر الدائن فى الطعن فى تصرفات المدين بعدم نفاذها فى حقه . أما إذا كان الدين المكفول مضمونا أيضا بتأمين خاص ، شخصى أو عينى ، اتفاقى أو قضائى أو قانونى ، مقرر على مال المدين أو على مال غيره كالكفيل العينى والحائز للعقار ، ثابت وقت نشوء الدين المكفول أو وقت الكفالة أو بعد ذلك ، فأضاع الدائن بخطأه هذا التأمين ، فإن الكفيل تبرأ ذمته بمقداره (استئناف مصر ٢٤ نوفبر سنة ١٩٢٦ المحاماة ٧ رقم ٣٣٧ ص ٤٧٤ — ١٧ مارس سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٧٥ ص ١٧٦ : قصر المؤجر فى توقيع الحجز التحفظى على المحصولات — ٢٤ مارس سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٧٥ ص ١٧٦) .

(٢) بون ٢ فقرة ٣٧٤ وفقرة ٣٧٦ — أوبرى ورو ٦ فقرة ٤٢٩ ص ٣٠٦ وما بعدها — جيوار فقرة ٢٠٤ — بودرى وڤال فقرة ١١٨١ — پلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٦١ — نقض فرنسى ٣ ديسمبر سنة ١٩٠٢ داللوز ١٩٠٥ — ١ — ٩ — ٩ نوفبر سنة ١٩١٤ داللوز ١٩١٧ — ١ — ١٧١ .

(٣) جيوار فقرة ٢٤٠ — ليون كان فى تعليقه فى سيريه ٩٦ — ١ — ٦٥ .

(٤) شامبرى ١٥ يوليه سنة ١٩٠١ داللوز ١٩٠٣ — ٢ — ٣٤١ .

يطلب براءة ذمته ، إذا رضى الدائن ببيع أشياء مرهونة له بثمن لا يقل عن قيمتها الحقيقية ، ولو بيعت هذه الأشياء دون اتباع الإجراءات التى رسمها القانون[١] . ويجب أن يثبت الكفيل أن الضرر الذى أصابه من عمل الدائن ضرر محقق ، وليس مجرد ضرر محتمل[٢] . ويطلب الكفيل براءة ذمته بمقدار ما أصابه من ضرر ، فلو كان للدائن رهنان رسميان على منزلين قيمة كل منهما ١٠٠٠ جنيه ، وكان حقه يبلغ ٢٠٠٠ جنيه . ونزل الدائن عن رهنه على أحد هذين المنزلين . فالكفيل لم يصبه من الضرر إلا مقدار النصف ، فيطلب براءة ذمته بهذا المقدار فحسب[٣] . والكفيل هو الذى يثبت مقدار ما أصابه من ضرر بعمل الدائن . لأنه هو الذى يطلب براءة ذمته فعليه أن يثبت ما يبرر ذلك[٤] .

ويجب ، ثانياً ، أن يتمسك الكفيل ببراءة ذمته . فلا يعطى الحق فى براءة الذمة إلا إذا طلب ذلك[٥] . ومن ثم لا يجوز للكفيل أن يتمسك ببراءة ذمته . إلا إذا رفع الدائن عليه الدعوى وتمسك هو ببراءة الذمة[٦] ، أو بدعوى يرفعها هو على الدائن[٧] . ولكن يجوز ، إذا رفع الدائن عليه

---

(١) نقض فرنسى ٢ ديسمبر سنة ١٩٠٣ داللوز ١٩٠٥ – ١ – ٩ – جيوار فقرة ٢٤٨ – بودرى وڤال فقرة ١١٨٥ .

(٢) لبون كان فى تعليقه فى سيريه ٩٦ – ١ – ٦٥ .

(٣) ترولون فقرة ٥٧٢ – پون ٢ فقرة ٣٧٤ – فقرة ٣٧٥ – لوران ٢٨ فقرة ٣٠٦ – أوبرى ورو ٦ فقرة ٤٢٩ هامش ١٧ – بودرى وڤال فقرة ١١٨٢ – پلانيول وريپير وساڤاتييه فقرة ١٥٦١ ص ١٠٠٩ – نقض فرنسى ١٣ يونيه سنة ١٩٣٩ داللوز الأسبوعى ١٩٣٩ – ٤٢٧ – ٣ ديسمبر سنة ١٩٤١ D. S. ١٩٤٢ – ٤٩ .

(٤) ناننى أول أبريل سنه ١٩٠٥ – ١٦٧ – بودرى وڤال فقرة ١١٨٤ – عكس ذلك عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ١٥٣ .

(٥) جيوار فقرة ٢٤٢ – بودرى وڤال فقرة ١١٨٠ .

(٦) بودرى وڤال فقرة ١١٨٠ پلانيول وريپير وساڤاتييه فقرة ١٥٦٢ ص ١٠١٠ .

(٧) Labbé فى سيريه ٧٣ – ٢ – ١٩٤ – جيوار فقرة ٢٤٢ – محمد كامل مرسى فقرة ٧٦ – عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ١٥٣ .

الدعوى ، أن يتمسك ببراءة ذمته فى أى وقت حتى تحجز القضية للحكم وله أن يتمسك ببراءة ذمته أمام محكمة الاستئناف لأول مرة ، ولكن لا يجوز له أن يتمسك بذلك لأول مرة أمام محكمة النقض لأن التمسك ببراءة الذمة هنا لا يعتبر من النظام العام بل هو من حق الكفيل[١] .

ويجب ، ثالثاً . ألا يكون هناك اتفاق بين الدائن والكفيل على ألا يتمسك الكفيل ببراءة الذمة أى على عدم حلول الكفيل محل الدائن . فإذا وجد هذا الاتفاق ، امتنع على الكفيل أن يتمسك ببراءة الذمة لأنه لا يحل محل الدائن فيما أضاعه هذا من التأمينات[٢] .

§ ٢ – براءة ذمة الكفيل لتأخر الدائن فى اتخاذ الإجراءات ضد المدين

١٠٦ – نص قانونى : تنص المادة ٧٨٥ مدنى على مايأتى :

« ١ – لا تبرأ ذمة الكفيل لمجرد أن الدائن تأخر فى اتخاذ الإجراءات أو لمجرد أنه لم يتخذها » .

« ٢ – على أن ذمة الكفيل تبرأ إذا لم يقم الدائن باتخاذ الإجراءات ضد المدين خلال ستة أشهر من إنذار الكفيل للدائن ، ما لم يقدم المدين للكفيل ضماناً كافياً »[٣] .

---

(١) بلانيول وريبير وساڤاتييه فقرة ١٥٦٢ – نقض فرنسى ٢٤ أكتوبر سنة ١٨٨٨ داللوز ٨٩ – ١ – ٥٢ .

(٢) Labbé فى تعليقه فى سيريه ٨٧ – ١ – ٥ – بودرى وڤال فقرة ١١٨٦ وانظر أيضاً فقرة ١١١٨ مكررة .

(٣) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١١٥٦ / ٣ و ٤ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ٣ – ولا تبرأ ذمة الكفيل لمجرد أن الدائن تأخر فى اتخاذ الإجراءات أو لمجرد أنه لم يتخذها ، إلا إذا ترتب على خطأه ضرر للكفيل وبقدر هذا الضرر . ٤ – على أنه تبرأ ذمة الكفيل إذا لم يقم الدائن باتخاذ الإجراءات ضد المدين ، فى خلال ستة أشهر من إنذار الكفيل له » . وفى لجنة المراجعة أضيفت عبارة « ما لم يقدم المدين للكفيل ضماناً كافياً » =

ويقابل النص فى التقنين المدنى السابق المادة ٥٠٣ / ٦١٦[1] .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى م ٧٥١ – وفى التقنين المدنى الليبي م ٧٩٤ – وفى التقنين المدنى العراقى م ١٠٣٦ – وفى قانون الموجبات والعقود اللبنانى م ١٠٧٩[2] .

= فى آخر الفقرة الرابعة وذلك استيفاء لحكم هذه الفقرة ، لأن ذمة الكفيل لا تبرأ إلا فى الحالة التى يترتب على تأخير الدائن فى اتخاذ الإجراءات فيها ضياع حق الكفيل فى الرجوع على المدين أو انتقاصه ، وتقديم المدين ضماناً للكفيل ينتفى معه الضرر الذى يلحق الكفيل من إهمال الدائن فى هذه الحالة ، وأصبح رقم المادة ٨٥٣ فى المشروع النهائى . وفى مجلس النواب جعلت الفقرتان ١ و ٢ مادة مستقلة تحت رقم ٨٥١ (وهى المادة السابقة) ، وجعلت الفقرتان ٣ و ٤ مادة مستقلة أخرى تحت رقم ٨٥٢ (وهى هذه المادة) . وفى لجنة مجلس الشيوخ أخذ بالتعديل الذى أقره مجلس النواب ، إلا أنه حذف من نهاية الفقرة الأولى عبارة « إلا إذا ترتب على خطأه ضرر وبقدر هذا الضرر » لأن فى القواعد العامة فى المسئولية التقصيرية ما يغنى عن المعنى الذى قصدت هذه العبارة إلى استظهاره ، ووافقت اللجنة على النص بعد هذا التعديل تحت رقم ٧٨٥ . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٤٧٨ – ص ٤٨١) .

(١) التقنين المدنى السابق م ٥٠٣ / ٦١٣ : للكفيل الحق فى مطالبة المدين عند حلول الأجل ، ولو منح رب الدين المدين أجلا جديدا ولم يبرئ الكفيل من الكفالة .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٧٥١ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٧٩٤ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ١٠٣٦ : ١ – يجوز للكفيل عند استحقاق الدين وعدم وفاء المدين به أن يطالب المدين بتخليص ذمته من الكفالة ، أو بأن يقدم له ضمانا . ويبقى له هذا الحق حتى لو منح الدائن للمدين مهلة دون رضاء الكفيل . ويكون للكفيل أيضاً هذا الحق قبل حلول الدين إذا أفلس المدين أو أعسر . ٢ – ويجوز للكفيل عند استحقاق الدين وعدم مطالبة الدائن به أن ينذر الدائن بلزوم اتخاذ الإجراءات القانونية لاستيفاء دينه خلال مدة لا تقل عن شهر ، فإذا انتهت المدة ولم يطالب المدين بدينه خرج الكفيل من الكفالة .

قانون الموجبات والعقود اللبنانى م ١٠٧٩ : يحق للكفيل ، لكى يبرأ من الدين ، أن يداعى الدائن إذا تأخر عن المطالبة بتنفيذ الموجب الذ أصبح مستحق الأداء .

ويفترض التقنين هنا أن الدين المكفول قد حل ، وأن الدائن لم يتخذ الإجراءات للمطالبة بالدين أو أنه تأخر فى اتخاذها . فنص على حق الكفيل فى هذه الحالة فى أن ينذر الدائن لاتخاذ الإجراءات ، فاذا لم يتخذها فى خلال ستة أشهر من وقت الإنذار ، ولم يقدم المدين للكفيل ضماناً كافياً ، برئت ذمة الكفيل من الكفالة — وكان التقنين المدنى السابق يجعل للكفيل الحق فى مطالبة المدين عند حلول الأجل ، إذا منح الدائن للمدين أجلا جديداً ولم يبرئ الكفيل من الكفالة . ويبدو أن التقنين المدنى الجديد لم ينتظر حتى يمنح الدائن للمدين أجلا جديداً ، بل أعطى للكفيل الحق فى إنذار الدائن فى أن يطالب المدين بدينه ، فإذا لم يفعل ذلك فى خلال ستة أشهر من وقت إنذار الكفيل إياه برئت ذمة الكفيل ، وذلك ما لم يعطه المدين ضماناً كافياً . فنبحث ما يتضمنه هذا الموضوع من مسائل .

١٠٧ — لا تبرأ ذمة الكفيل لعدم اتخاذ الدائن إجراءات التنفيذ :

إذا حل الدين المكفول ، كان للدائن أن يتخذ إجراءات التنفيذ ، فإذا لم يتخذها ، أو تأخر فى اتخاذها ، لم تبرأ ذمة الكفيل لذلك ، بل يبقى ملتزماً بالكفالة . ذلك لأن للكفيل ، إذا هو وفى الدين للدائن عند حلول الأجل ، الرجوع على المدين ، حتى لو مد الدائن الأجل للمدين دون رضاء الكفيل .

وقد كانت الفقرة الأولى من المادة ٧٨٥ مدنى سالفة الذكر تتضمن فى آخرها العبارة الآتية : « إلا إذا ترتب على خطأه (خطأ الدائن) ضرر للكفيل ، ويقدر هذا الضرر » . وقد طلب أحد الأعضاء حذف الفقرة الأولى ، لأنه سيترتب عليها إشكالات كثيرة فى العمل ، « ويجب ترك تقديرها للقضاء لا لنص تشريعى » . فأجابت الحكومة « بأن هذا النص تقنين لما استقر عليه القضاء فى مصر فى هذا الموضوع ، بعد أن تردد كثيراً فى أول الأمر فى تقريره ، بسبب وجود خفاء فيما إذا كان التأخر فى اتخاذ

إجراءات تحفظية أو تنفيذية ، يمكن أن يعتبر خطأ تطبيقاً لقواعد المسئولية التقصيرية » . ثم اتجه الرأى أخيراً فى لجنة مجلس الشيوخ إلى استبقاء الفقرة ، مع حذف العبارة الأخيرة الواردة فيها وهى « إلا إذا ترتب على خطأه ضرر للكفيل ، ويقدر هذا الضرر » . وقد قررت أغلبية اللجنة حذف العبارة المذكورة ، لأن فى القواعد العامة فى المسئولية التقصيرية ما يغنى عن المعنى الذى قصدت هذه العبارة إلى استظهاره .

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى خصوص هذه الفقرة الأولى ما يأتى : « الفقرة الأولى اقتبسها المشروع من أحكام القضاء المصرى ، وهى تقرر فى جزئها الأول حكماً مجمعاً عليه ، وهو أن الكفيل لا تبرأ ذمته لمجرد تأخر الدائن فى اتخاذ الإجراءات ، أو لمجرد أنه لم يتخذها لأن للكفيل الحق فى الرجوع على المدين بمجرد حلول الأجل ، حتى لو مد الدائن الأجل له . على أنه قد تصدر من الدائن أعمال إيجابية كتنازله عن حجز تنفيذى أو تحفظى أو حجز ما لمدينه لدى الغير أو إجراءات التنفيذ العقارى أو وضع أموال المدين تحت الحراسة أو إيداع المبالغ الناتجة من بيع المنقولات فى خزينة المحكمة ، أو أعمال سلبية كعدم قيامه باتخاذ إجراء تنفيذى أو تحفظى لا يستطيع الكفيل القيام به لجهله إياه أو لعدم وجود المستندات اللازمة لإجرائه وكذلك التقدم فى التوزيع أو سقوط الحق بسبب التأخر أو الإهمال فى القيام بإجراء معين أو إبراز مستند ما ، لا يترتب عليها ضياع التأمينات ، ولكنها مع ذلك تؤثر فى حق الكفيل فتضيعه أو تنتقص منه . كل هذه الأعمال يجب أن يسأل عنها الدائن طبقاً لقواعد المسئولية ، ما دام قد ترتب عليها ضرر للكفيل . والتقنين الحالى (السابق) لم يتعرض لذلك ، ولكن بعض التقنينات الحديثة أوردت نصاصاً فى هذا الصدد (انظر مثلا التقنين الألمانى م ٧٦٦) . والمشروع ، قياساً على هذه التقنينات ، أورد هذه الفقرة مقتبساً

حكمها من القضاء المصرى : راجع استئناف مختلط ٧ ديسمبر سنة ١٩١٥ م ٢٨ ص ٤٦ »[1] .

١٠٨ — وجوب إنذار الكفيل للدائن : ولكن الكفيل ، إذا أراد اتخاذ الاحتياطات اللازمة ، وجب عليه أن ينذر الدائن ليتخذ هذا الإجراءات الواجبة قانوناً عند حلول الدين ضد المدين ، وذلك طبقاً لما تقضى به الفقرة الثانية من المادة ٧٨٥ مدنى سالفة الذكر . وهذه الفقرة استمدها المشرع من المادة ٧٣٩ من المشروع الفرنسى الإيطالى ، ومن المادة ٥٠٢ من تقنين الالتزامات السويسرى ، ومن المادة ٦٣٧ من تقنين الالتزامات البولونى[2].

ولا يتخذ الكفيل هذا الاحتياط إلا عند حلول أجل الدين المكفول ، أو فى أى وقت بعد حلول هذا الأجل . ذلك لأن الإنذار يتضمن تنبيه الدائن إلى وجوب اتخاذ الإجراءات الواجبة قانوناً ، ولا يمكن اتخاذ هذه الإجراءات إلا عند حلول أجل الدين .

والعبرة بحلول الأجل الأصلى للدين المكفول . فإذا حل هذا الأجل ،

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٤٧٩ — وانظر فى عهد التقنين المدنى السابق نقض مدنى ٢ فبراير سنة ١٩٣٣ مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض فى ٢٥ عاماً الجزء الثانى ص ٩٣٧ رقم ٦ .

(٢) المشروع الفرنسى الإيطالى م ٧٣٩ : يبقى الكفيل ملتزماً حتى بعد حلول أجل الالتزام الأصلى ، بشرط أن يكون الدائن قد اتخذ الإجراءات ضد المدين فى خلال شهرين من وقت هذا الحلول واستمر فيها بعناية . ويطبق هذا النص حتى فى حالة ما إذا حدد الكفيل صراحة أجل كفالته بنفس أجل الالتزام الأصلى .

تقنين الالتزامات السويسرى م ٥٠٢ : يبرأ الكفيل الذى لم يلتزم إلا لأجل محدد إذا لم يتخذ الدائن الإجراءات التنفيذية التى يخولها له القانون فى خلال الأربعة الأسابيع لانقضاء هذا الأجل ، وإذا لم يستمر فى هذه الإجراءات بدون انقطاع جسيم .

تقنين الالتزامات البولونى م ٦٣٧ : يتقادم التزام الكفيل بمضى سنة من تاريخ استحقاق الدين المضمون ، ولا تسرى هذه القاعدة على الكفيل الذى التزم بصفة كفيل متضامن أو الذى التزم بالكفالة فى مقابل جعل .

جاز للكفيل إنذار الدائن ، حتى لو أن الدائن مد للمدين فى الأجل المحدد أصلا . فالكفيل لا يلتزم باحترام هذا المد إلا إذا كان قد ارتضاه ، فإذا لم يرتضه جاز له أن ينذر الدائن عند حلول الأجل الأصلى بأن يتخذ الإجراءات الواجبة قانوناً نحو مطالبة المدين بالدين(١) .

والمدة التى تسبق هذا الإنذار لا يعتد بها ، فما دام الكفيل لم ينذر الكفيل باتخاذ الإجراءات الواجبة قانوناً فليس على الدائن اتخاذ هذه الإجراءات ، مع مراعاة ألا يسقط حق الدائن .

١٠٩ — ما الذى يترتب على إنذار الكفيل للدائن : تقول الفقرة الثانية من المادة ٧٨٥ مدنى ما يأتى : « على أن ذمة الكفيل تبرأ إذا لم يقم الدائن باتخاذ الإجراءات ضد المدين خلال ستة أشهر من إنذار الكفيل للدائن ، ما لم يقدم المدين للكفيل ضماناً كافياً » . فيجب إذن ، إذا أنذر الكفيل الدائن ، أن يتخذ الدائن الإجراءات الواجبة ضد المدين ، أو أن يقدم المدين للكفيل ضماناً كافياً فى حالة ما إذا لم يتخذ الدائن الإجراءات الواجبة ضد المدين .

فاذا اتخذ الدائن الإجراءات الواجبة قانوناً ضد المدين ، وسار فى اتخاذها بالعناية اللازمة كان هذا كافياً ، ويكون ذلك بأن يرفع الدائن الدعوى المدين يطالبه فيها بالدين ، إذا كان سند الدين عرفياً . أما إذا كان السند تنفيذياً ، حكماً كان أو ورقة رسمية ، فإنه يجب على الدائن أن يباشر إجرءات التنفيذ على أموال المدين(٢) .

فإذا لم يتخذ الدائن الإجراءات الواجبة قانوناً ضد المدين فى خلال الستة الأشهر من وقت وصول إنذار الكفيل للدائن ، برئت ذمة الكفيل من الكفالة . وبذلك ينقضى عقد الكفالة بطريق أصلى ، دون أن ينقضى الدين المكفول .

---

(١) منصور مصطفى منصور فقرة ٣٩ ص ٨٠ .

(٢) عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ١٥٦ — منصور مصطفى منصور فقرة ٣٩ ص ٨٠ .

على أنه يجوز للمدين ، قبل انقضاء الستة الأشهر سالفة الذكر ، أن يقدم للكفيل ضماناً كافياً لما عسى أن يدفعه الكفيل للدائن . ويتفق الدائن مع المدين على هذا الضمان الواجب تقديمه للكفيل . وقاضي الموضوع هو الذي يقدر ، عند المنازعة . ما إذا كان الضمان الذي يقدمه المدين للكفيل ضماناً كافياً . فاذا قدم المدين للكفيل هذا الضمان الكافي ، وصل الكفيل إلى ما يبتغيه ، وصار عليه أن ينتظر حتى يطالب الدائن المدين بالدين . فإذا دفع المدين الدين للدائن ، وقف الأمر عند هذا الحد ، وبرئت ذمة المدين . وبرئت ذمة الكفيل تبعاً لذلك . أما إذا لم يدفع المدين الدين للدائن ، ورجع الدائن على الكفيل بهذا الدين ، كان لدى الكفيل الضمان الكافي الذي قدمه المدين ، فيدفع الدين للدائن ، ويستوفيه من هذا الضمان .

§ ٣ – عدم تقدم الدائن في تفليسة المدين

١١٠ – نص قانوني : تنص المادة ٧٨٦ مدنى على ما يأتي :

« إذا أفلس المدين ، وجب على الدائن أن يتقدم في التفليسة بالدين ، وإلا سقط حقه في الرجوع على الكفيل بقدر ما أصاب هذا الأخير من ضرر بسبب إهمال الدائن »[١] .

ويقابل النص في التقنين المدني السابق المادة ٥٠٣ / ٦١٤[٢] .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١١٥٦ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٨٥٤ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٨٥٣ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٧٨٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٤٨٢ – ص ٤٩٠) .

(٢) التقنين المدني السابق م ٥٠٣ / ٦١٤ : . . . وله (الكفيل) أيضاً مطالبة المدين بالدين إذا أفلس قبل حلول أجل الدين المكفول به .

م ٧٥٢ – وفى التقنين المدنى الليبى م ٧٩٥ – وفى التقنين المدنى العراقى م ١٠٢٨ – وفى قانون الموجبات والعقود اللبنانى م ١٠٧٣[١] .

وظاهر أن للكفيل ، فى التقنين المدنى السابق ، حق مطالبة المدين بالدين أفلس المدين قبل حلول أجل الدين المكفول (م ٥٠٣ / ٦١٤) . أما فى التقنين المدنى الحالى ، فليس للكفيل أن يرجع على المدين . فننظر الآن ماذا يكون الحكم لو أفلس المدين قبل حلول الدين المكفول ، ثم ننظر بعد ذلك ماذا يكون الحكم لو أعسر المدين .

١١١ – إفلاس المدين أو إعساره قبل حلول الدين المكفول : تعرض المادة ٧٨٦ مدنى[٢] لحالة ما إذا أفلس المدين قبل حلول الدين المكفول . فتنص على أنه يجب على الدائن فى هذه الحالة أن يتقدم بحقه فى تفليسة المدين ، ويتقاضى من هذه التفليسة المقدار الذى يصيبه بحسب قيمة هذا الحق . فإذا لم يفعل ، فلم يصيبه من تفليسة المدين شىء ، وأراد الرجوع على الكفيل ، سقط من حقه فى الرجوع على الكفيل ما كان يصيبه لو أنه تقدم بحقه فى تفليسة المدين . وقد اقتبست المادة ٧٨٦ مدنى ، وهى التى تقرر هذا الحكم ، من كل من المادة ٥١١ من تقنين الالتزامات السويسرى والمادة ٦٤٣ من تقنين الالتزامات البولونى[٣] . ولم يكن الكفيل يستطيع أن يتقدم ، فى

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٧٥٢ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٧٩٥ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ١٠٢٨ (مطابق) .

قانون الموجبات والعقود اللبنانى م ١٠٧٣ : لا يجوز للكفيل أن يتشبث بتقديم مراعاة المديون الأصلى : (١) . . . (٢) إذا أصبح المدين الأصلى فى حالة إعسار مشهور أو أعلن حجزه (٣) . . .

(٢) انظر آنفاً فقرة ١١٠ .

(٣) تقنين الالتزامات السويسرى م ٥١١ : إذا أفلس المدين ، وجب على الدائن أن –

التقنين المدنى الجديد ، فى تفليسة المدين إلا إذا دفع للدائن حقه . فلم يبق إذن إلا أن يتقدم الدائن نفسه بحقه فى تفليسة المدين ، ليحصل على ما يمكنه الحصول عليه من حقه ، ثم يرجع بالباقى على الكفيل . فإذا لم يفعل الدائن ذلك كان مقصراً ، وعليه أن يتحمل نتيجة تقصيره . فلا يرجع على الكفيل إلا بالباقى من حقه ، بعد خصم ما كان يحصل عليه لو أنه تقدم فى تفليسة المدين . ويجب على الكفيل فى هذه الحالة أن يطلب استنزال ما كان يحصل عليه الدائن من تفليسة المدين ، سواء كان ذلك فى صورة الدعوى أو فى صورة الدفع ، فلا يبرأ الكفيل بقوة القانون من هذا المقدار ، بل لا بد له من الطلب[1] .

ويبدو أن هذا هو الحكم أيضاً ، فيما إذا أعسر المدين . فيجب على الدائن أن يتقدم للحصول على ما يمكن الحصول عليه من حقه من مال المدين ، ثم يرجع بالباقى له على الكفيل . وإذا كانت المادة ٧٨٦ مدنى لم تعرض إلا لحالة إفلاس المدين ، فإن ذلك لم يكن إلا تطبيقاً للقواعد العامة من حيث إلزام الدائن بمطالبة المدين فى الوقت المناسب ، وإلا كان الدائن مسئولا عن ذلك نحو الكفيل[2] .

= يتقدم بدينه فى التفليسة ، ووجب عليه كذلك إخطار الكفيل بالإفلاس بمجرد علمه . وإذا لم يفعل الدائن ذلك ، فقد حقه قبل الكفيل بقدر ما نال هذا من ضرر من جراء هذا الإهمال .

تقنين الالتزامات البولونى م ٦٤٣ : يضمن الدائن الذى لم يتقدم فى تفليسة المدين الضرر الحاصل من جراء ذلك للكفيل :

(١) انظر فى ذلك عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ١٥٧ .

(٢) عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ١٥٧ ص ٢٣٧ هامش ١ – سليمان مرقس فقرة ٤٩ ص ٥٥ .

وقد كان المشروع التمهيدى يتضمن نصا هو نص المادة ١١٤٣ ، وقد كان يقضى بما يأتى : « للكفيل ، حتى قبل أن يقوم بالوفاء ، أن يطالب المدين بتأمينه فى الحالات الآتية : أولا – إذا طولب قضائياً بالوفاء . ثانياً – إذا أفلس المدين أو صفيت أمواله أو كان فى حالة إعسار . =

= ثالثاً – إذا كان المدين قد تعهد بإبراء الكفيل فى وقت معين . رابعاً – إذا أصبح الدين مستحقاً بحلول الأجل المتفق عليه ، ولو قبل الدائن صراحة مد الأجل . خامساً – بانتهاء خمس سنين إذا لم يكن للالتزام الأصلى أجل محدد ؛ ما لم يكن هذا الالتزام بحسب طبيعته مما لا يسقط قبل وقت معين كالتزام الوصى » . وانظر المادة ٥٠٣ / ٦١٣ – ٦١٤ من التقنين المدنى السابق .

وجاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ، فى خصوص هذا النص ، ما يأتى : « تطابق المادة ١١٤٣ المادة ٧٣٢ من المشروع الفرنسى الإيطالى ، مع إضافة يسيرة وردت بآخر الفقرة الرابعة . ويقابلها فى التقنين الحالى (السابق) المادة ٥٠٣ / ٦١٣ – ٦١٤ . على أن نص المشروع أفضل من نص التقنين الحالى (السابق) ، فهو لم يقصر حق الكفيل الذى لم يوف الدين بعد ، فى الرجوع على المدين ، على حالتى الإفلاس وامتداد الأجل ، بل أعطاه هذا الحق أيضاً فى حالة مطالبته بالوفاء أمام القضاء ، وكذلك فى حالة وجود اتفاق بينه وبين المدين على إبرائه من الكفالة فى وقت معين ، وأيضاً بعد مضى خمس سنين إذا لم يكن الالتزام الأصلى ذا اجل محدد كما هو الحال بالنسبة لحق الانتفاع والإبراء لمد الحياة لأن الالتزام فيهما لا ينقضى قبل وفاة المنتفع أو صاحب الإيراد . وسبب النص فى هذه الحالة الأخيرة هو أن الكفيل يقدم خدمة المدين ، فيجب ألا يبقى ملتزماً بدون تحديد لمدة معينة ، بل يجب عدالة تحديد ميعاد لالتزامه . ومن المتفق عليه أن عبارة « التأمينة » الواردة بصدر المادة يقصد بها أن المدين إما أن يعمل على إبراء الكفيل من الكفالة ، أو أن يقدم له تأمينات كرهن أو كفالة جديدة تضمن له رجوعه عليه إذا اضطر لدفع الدين ، أو أن يودع فى خزينة المحكمة مبلغاً كافياً لضمان الدين (انظر استئناف مختلط ٢٣ مارس سنة ١٨٩٣ م ٥ ص ١٩٨ رقم ٨٠ – أسيوط ٩ مارس سنة ١٩١٨ مج ١٩ ص ١١٣ رقم ٨٠) – وقد تليت المادة ١١٤٣ فى لجنة المراجعة ، فرأت اللجنة حذفها لعدم الموافقة على حكمها . انظر مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٤٨٢ – ص ٤٩١ فى الهامش .

القسم الثانى

التأمينات العينية



تمهيد (*)

١١٢ — كيف يتقدم الدائن ذو التأمين العيني على الدائن العادي :

رأينا(١) أن الدائن قد يكون له تأمينات خاصة، وهي نوعان شخصية وعينية . والذي يعنينا هنا هو التأمينات العينية ، لا التأمينات الشخصية . فالتأمينات

(*) مراجع : ترولون (Troplong) في حقوق الامتياز والرهن الرسمي ٤ أجزاء الطبعة الخامسة سنة ١٨٥٤ — پون في حقوق الامتياز والرهن الرسمي سنة ١٨٥٩ — Thézard في الرهن الحيازي والامتياز والرهن الرسمي سنة ١٨٨٠ — جيوار في حقوق الامتياز والرهن الرسمي ٤ أجزاء سنة ١٨٩٦ — ١٨٩٩ — بيدان في التأمينات الشخصية والعينية سنة ١٩٠٢ — بودري ولوان في الرهن الحيازي والامتياز والرهن الرسمي ونزع الملكية الجبري الطبعة الثالثة ٣ أجزاء سنة ١٩٠٧ والتكلة بقلم بتكاز — André في نظام الرهن الرسمي الطبعة الثالثة سنة ١٩١٥ — أوبري ورو وبارتان الجزء الثالث الطبعة السادسة سنة ١٩٣٨ — بيدان وليربيورج ڤيچونيير وڤواران في التأمينات الشخصية والعينية الجزءان الثالث عشر والرابع عشر سنة ١٩٤٨ — پلانيول وريبير وبيكيه الطبعة الثانية الجزءان الثاني عشر والثالث عشر سنة ١٩٥٣ — پلانيول وريبير وبولانچيه الجزء الثاني الطبعة الثالثة سنة ١٩٤٩ — كولان وكاپيتان ودي لاموراندبير الجزء الثاني الطبعة العاشرة سنة ١٩٤٨ — چوسران الجزء الثاني الطبعة الثانية سنة ١٩٣٣ — مازو الجزء الثالث — دي پاچ في القانون المدني البلچيكي الجزء السابع سنة ١٩ — أنسكيلوپيدي داللوز .

عبد السلام ذهني في التأمينات العينية سنة ١٩٢٦ — عبد الفتاح عبد الباقي في التأمينات الشخصية والعينية سنة ١٩٥٠ — محمد كامل مرسي في الحقوق العينية التبعية أو التأمينات العينية سنة ١٩٥١ — شفيق شحاته في النظرية العامة للتأمين العيني سنة ١٩٥٢ — محمود جمال الدين زكي في التأمينات الشخصية والعينية سنة ١٩٥٧ — محمد علي إمام في التأمينات الشخصية والعينية سنة ١٩٥٨ — شمس الدين الوكيل في نظرية التأمينات سنة ١٩٥٩ — سليمان مرقس في التأمينات العينية سنة ١٩٥٩ — منصور مصطفى منصور في التأمينات العينية سنة ١٩٦٣ — أحمد سلامة في الرهن الرسمي سنة ١٩٦٣ — سمير تناغو في التأمينات العينية سنة ١٩٦٧ .

(١) انظر آنفاً فقرة ٣ .

العينية تجعل الدائن الذى يتمتع بها يتقدم على الدائن العادى ، بأن يتقاضى حقه من هذه التأمينات متقدماً فى ذلك على الدائن العادى . والدائن ذو التأمينات العينية ليس له فحسب حق التقدم (droit de préférence) ، بل له أيضاً حق التتبع (droit de suite) ، فإذا باع مالك التأمين العينى مثلا هذا التأمين كان للدائن أن يتتبعه فى يد من يشتريه ، وينفذ عليه بحقه .

وقد ظهرت التأمينات العينية متأخرة عن التأمينات الشخصية كما سبق القول[1] . فلما ظهرت ، كان لا بد من تنظيمها قانوناً . وكان هناك نوعان من التأمينات العينية ، نوع يقوم على الحيازة ونوع لا يقوم عليها . فالنوع الذى يقوم على الحيازة كان ينقل حيازة التأمين العينى إلى يد الدائن ، ويبقى هذا الدائن الحائز مرتهناً للعين إلى أن يحل الدين ، فإما أن يستوفيه من المدين أو أن يبيع التأمين العينى طبقاً للإجراءات التى سنها القانون ليستوفى الدين من ثمنه . أما النوع الآخر فكان لا يقوم على الحيازة ، ويبقى التأمين العينى فى يد المدين إلى أن يحل الدين ، فيستوفى الدائن دينه من المدين أو يبيع التأمين العينى طبقاً للإجراءات القانونية ليستوفى الدين من ثمنه . وكان كل من النوعين يتناول العقار والمنقول ، ثم أخذ النوع الثانى وهو يتمثل فى الرهن الرسمى يقتصر على العقار وحده ، فى حين أن النوع الأول بقى يتناول العقار والمنقول .

وكان القانون الرومانى يجعل كلا من الرهن الحيازى والرهن الرسمى يتناول العقار والمنقول ، وسار القانون الفرنسى القديم على هذا النحو إلى القرن السادس عشر . ومنذ ذلك الوقت ، ثم فى التقنين المدنى الفرنسى نفسه ، أخذ الرهن الرسمى يقتصر على العقار وحده كما سبق القول ، وأخذ رهن المنقول حيازة (gage) يقتصر على المنقول . ولكن الرهن الحيازى ظل يشمل كلا من العقار والمنقول تحت اسم nantissement فى التقنين

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٦ .

المدنى الفرنسى فى سنة ١٨٠٤ ، فاذا كان الشيء المرهون منقولا سمى الرهن gage ، وإذا كان عقاراً سمى الرهن antichrèse .

وإلى جانب الرهن ، رهناً رسمياً كان أو رهناً حيازياً ، وجد أيضاً فى التأمينات حقوق الامتياز (privilèges) . وهذه الحقوق يوليها القانون للدائن على مجموع أموال المدين من منقولات وعقارات ، أو على منقول معين بالذات ، أو على عقار معين بالذات .

وحيث يوجد للدائن تأمين عينى ، رهن أو امتياز ، فإنه يتقدم فى هذا التأمين على سائر الدائنين العاديين ، بل ويتقدم على الدائنين الذين لهم حق متأخر على هذا التأمين .

١١٣ — الفروق ما بين الرهون وحقوق الامتياز : وهناك فروق جوهرية ما بين الرهون وحقوق الامتياز . فحقوق الامتياز لا يمنحها إلا القانون ، ولا يستطيع الاتفاق أو القضاء أن يمنح حق امتياز للدائن على مال مدينه . وتوجد حقوق امتياز عامة يمنحها القانون على جميع أموال المدين من منقول وعقار ، كما توجد حقوق امتياز خاصة على منقول أو على عقار بالذات مملوك للمدين . أما الرهون ، فالأصل فيها أن يمنحها الاتفاق ما بين الدائن والمدين . ويشمل ذلك الرهن الرسمى والرهن الحيازى ، فالرهنان يترتبان عادة على اتفاق ما بين الدائن والمدين ، ويكون الرهن الرسمى مقصوراً على العقار ، أما الرهن الحيازى فيشمل العقار والمنقول . ولكن هناك رهناً رسمياً يترتب على حكم من القضاء فى التقنين المدنى المصرى وهذا هو حق الاختصاص ، كما أن هناك رهناً رسمياً يترتب على القانون ورهناً رسمياً يترتب على القضاء فى التقنين المدنى الفرنسى .

والفروق الجوهرية ما بين الرهون وحقوق الامتياز ثلاثة :

(الفرق الأول) حقوق الامتياز يوليها القانون للديون فى ذاتها بقطع

النظر عن دائنها ، فالقانون يولى الدين حق امتياز فيجعله متقدماً على سائر الديون لخاصية يتمتع بها هذا الدين . أما الرهون ، سواء أنشأها الاتفاق كما هو الغالب أو القانون في فرنسا أو القضاء في مصر ، فتُعطَى للدائن لا للمدين . فيكون الدائن هو الذى أرادها أياً كانت ، وقد يحل محل الدائن القانون أو القضاء لأسباب خاصة ، ولكنها على كل حال ميزة تُعطى للدائن لا للمدين[1] .

(الفرق الثانى) إذا تقدم دائنون بحقوق امتياز مختلفة ، فضل منهم من أعطى له القانون حق التقدم على غيره من الدائنين ذوى حقوق الامتياز الأخرى ، فالعبرة إذن بما يقدمه القانون وما يؤخره من حقوق الامتياز المختلفة . فإن كان الدائنون ذوى حقوق امتياز من نوع واحد ، بحيث لا يتقدم منهم دائن على آخر ، اشتركوا جميعاً فى تقاضى حقوقهم من هذا التأمين العينى . فان اتسع لهم جميعاً أخذ كل منهم حقه ، وإلا تقاسموا التأمين العينى بنسبة ما لهم من حقوق . أما الدائنون المرتهنون ، فيتقدم أحدهم على الآخرين تبعاً للتاريخ الذى قيد فيه حقه[2] .

(الفرق الثالث) إذا تقدم دائنون ذوو امتياز ودائنون مرتهنون ، فإن الدائنين ذوى الامتياز يتقدمون على الدائنين المرتهنين[3] . ويشترط أن يكون الدائنون جميعاً دائنين لمدين واحد ، لا أن يكونوا دائنين لمدينين

---

(١) نقض فرنسى ١٠ نوفمبر سنة ١٩١٤ دالوز ١٩١٧ - ١ - ٦٥ - ٢٠ يونيه سنة ١٩٢٢ دالوز ١٩٢٣ - ١ - ١٨٦ - ١٣ مايو سنة ١٩٣١ دالوز الأسبوعى ١٩٣١ - ١٣٩ - ١٣ يناير سنة ١٩٣٧ دالوز ١٩٣٧ - ١ - ٣٩ - أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٦٨ وهامش ٢ وهامش ٥ - بودرى ودى لوان ١ فقرة ٣٠٠ - ٣٠١ وفقرة ٣٠٦ - كولان وكابيتان ودى لامورانديير ٢ فقرة ١٤٨٥ - ١٤٨٦ - بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٥٤٤ وفقرة ٣٣٠١ . بلانيول وريبير وبيكيه ١٢ ص ٦ - ص ٧ .

(٢) بلانيول وريبير وبيكيه ١٢ ص ٨ .

(٣) بلانيول وريبير وبيكيه ١٢ ص ٧ - ص ٨ .

مختلفين[١] ، وأن يكون الشيء المرهون منقولا لأن التقدم فى العقار يكون بحسب تاريخ القيد كما سنرى .

١١٤ — ظهور الرهون الرسمية على المنقولات : وقد ظهرت أخيراً رهون رسمية على المنقولات ، ترتبت عليها دون أن تنقل حيازة المنقولات إلى الدائن المرتهن ، فصارت رهوناً رسمية لا رهون حيازة . وهذه الرهون ثلاثة : (١) رهن رسمى بحرى (hypothèque maritime) ، وهو رهن يترتب على السفينة البحرية ، بحيث تبقى هذه السفينة فى حيازة مالكها ويكون للدائن المرتهن حق رهن عليها يماثل الرهن الرسمى . (٢) رهن رسمى نهرى (hypothèque fluviale) ، وهو رهن يترتب على السفينة النهرية ، فتبقى هذه السفينة فى حيازة مالكها ، ولا يكون للدائن إلا حق رهن رسمى عليها . (٣) رهن رسمى على الطائرات (hypothèque des aéronefs) ، وهو رهن يترتب على الطائرة ، فتبقى الطائرة فى حيازة مالكها ، ويكون للدائن حق رهن عليها هو حق رهن رسمى .

فلم يعد صحيحاً إذن أن الرهن الرسمى لا يترتب إلا على العقارات ، ما دام يترتب كما رأينا على السفن البحرية والسفن النهرية والطائرات . كذلك أصبح غير مفهوم لماذا يترتب على هذه المنقولات رهن حيازة ، ثم يترتب عليها رهن رسمى ، فتبقى فى الرهن الرسمى فى حيازة مالكها فى حين أن حيازتها تنتقل إلى الدائن المرتهن فى رهن الحيازة[٢] .

١١٥ — التأمينات العينية فى التقنين المدنى المصرى : ويعرف التقنين

---

(١) بودرى ودى لوان ١ فقرة ٧٨٧ – كولان وكابيتان ودى لاموراندير ٢ فقرة ١٦٤٢ – بلانيول وريبير وبيكيه ١٣ فقرة ١٠٢٦ .

(٢) بلانيول وريبير وبيكيه ١٢ ص ١٢ – ص ١٤ .

المدنى المصرى أربعة تأمينات عينية ، جمعها معاً فى الكتاب الرابع ، تحت عنوان الحقوق العينية التبعية أو التأمينات العينية .

وهذه التأمينات العينية الأربعة هى : (١) الرهن الرسمى ، وهو أوسع الرهون انتشاراً وأكبرها خطراً . (٢) حق الاختصاص ، وهو رهن رسمى يترتب على عقار مملوك للمدين ، لا بموجب اتفاق بينه وبين الدائن كما فى الرهن الرسمى ، بل بموجب طلب يتقدم به الدائن إلى القضاء ، فيحصل منه على أمر بالاختصاص . (٣) الرهن الحيازى ، وهو رهن واسع الانتشار فى البيئات الزراعية ، وقد قدر له البقاء إلى جانب الرهن الرسمى . وهو يشمل المنقول كما يمتد إلى العقار ، فى حين أن الرهن الرسمى وحق الاختصاص لا يتناولان إلا العقار . ويقوم على الحيازة ، فلا بد من انتقال حيازة الشيء المرهون من الراهن إلى الدائن . (٤) حقوق الامتياز ، وهذه يمنحها القانون لديون معينة نظراً لصفات خاصة تميز هذه الديون . وحقوق الامتياز إما أن تكون عامة فتشمل كل أموال المدين من منقول وعقار ، أو أن تكون خاصة فتقتصر على منقول معين بالذات أو على عقار معين بالذات .

وننقل هنا ما ورد فى هذا الشأن فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ، فقد ورد فى هذه المذكرة ما يأتى : «جمع المشروع التأمينات العينية فى كتاب واحد ، وبذلك وضع رهن الحيازة فى مكانه بين الرهون الأخرى ، فأصلح عيباً وقع فيه التقنين الحالى (السابق) . وتنتظم التأمينات العينية جميعاً فكرة واحدة ، هى فكرة الرهن ضماناً لوفاء الدين . فيكون الرهن بمقتضى اتفاق فى الرهن الرسمى ورهن الحيازة ، وبمقتضى أمر من القاضى فى حق الاختصاص ، وبمقتضى نص فى القانون فى حقوق الامتياز . أما الحق فى الحبس ، فقد تقدم أن المشروع لا يعتبره حقاً عينياً ، بل هو دفع يبديه من له حق التمسك به . وقد قدم المشروع الرهن الرسمى على غيره

من الرهون ، لأنه أوسعها انتشاراً وأكبرها خطراً . ثم أعقب الرهن الرسمى بحق الاختصاص ، لأنه حق مصوغ على غرار الرهن الرسمى والأحكام بينهما مشتركة . وتلى ذلك رهن الحيازة ، وهو رهن واسع الانتشار فى البيئات الزراعية . فلم يبق إلا حقوق الامتياز ، تختم بها التأمينات العينية »[1] .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٣ .

الباب الاول
الرهن الرسمى

---

١١٦ – **تعريف الرهن الرسمى – نص قانونى** : تنص المادة ١٠٣٠ مدنى على ما يأتى :

« الرهن الرسمى عقد به يكسب الدائن على عقار مخصص لوفاء دينه حقاً عينياً ، يكون له بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التالين له فى المرتبة فى استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار فى أى يد يكون »[1] .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٤٣٧ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « الرهن الرسمى عقد به يكسب الدائن المرتهن حقا عينيا على العقار الضامن لوفاء الدين ، ويكون للدائن بمقتضى هذا الحق أن يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التالين له فى المرتبة فى استيفاء حقه من ثمن العقار المرهون . ولو انتقل هذا العقار إلى أى شخص آخر » . وفى لجنة المراجعة أجرى تعديل لفظى فى النص ، فصار مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، ووافقت عليه اللجنة بهذا التعديل تحت رقم ١١٢٥ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١١١ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٣٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٧ – ص ٨) .

ويقابل النص فى التقنين المدنى السابق م ٥٥٤ / ٦٧٨ : الدائنون المرتهنون لعقار الذين لهم بواسطة الإجراءات الرسمية حق على عقار مدينهم أو عقاراته صالح لاحتجاجهم به على الغير ، فى كونهم يستوفون ديونهم بالأولوية والتقدم على الدائنين من ثمن ذلك العقار أو العقارات ولو انتقلت لأى يد كانت .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ١٠٧١ : التأمين هو حق عينى على العقارات المخصصة لضمان وفاء التزام . وهو بطبيعته غير قابل للتجزئة ، ويبقى بكامله على العقارات المخصصة له وعلى كل عقار منها وعلى كل قسم من هذه العقارات ، ويتبعها فى أية يد تنتقل إليها العقارات .

التقنين المدنى الليبى لا مقابل .

—

ويخلص من هذا النص أن الرهن الرسمى يطلق على العقد الذى يترتب به للدائن حق عينى على عقار مخصص لوفاء دينه ، ويطلق أيضاً على هذا الحق العينى الذى ترتب للدائن ضماناً لوفاء دينه . وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « يطلق الرهن على العقد الرسمى وعلى الحق العينى الذى ينشئه هذا العقد . فالرهن عقد يتم بين الراهن والدائن المرتهن »[1] .

أما العقد الرسمى فأمره ظاهر ، وهو عقد يتم بين الدائن المرتهن ومالك العقار المرهون ، سواء كان هذا المالك هو نفس المدين أو كان كفيلا عينياً .

وأما الحق العينى الذى يترتب للدائن ضماناً لوفاء دينه فهو حق عينى عقارى يترتب على العقار المخصص لوفاء الدين ، ويكون للدين بموجبه حق تقدم فى استيفاء دينه من ثمن العقار المرهون . ويتقدم الدائن بموجب هذا الحق العينى ليس فحسب على الدائنين العاديين لمالك العقار المرهون ، بل أيضاً على الدائنين الذين لهم حق عينى آخر على هذا العقار ، من دائنين مرتهنين وأصحاب حقوق اختصاص وأصحاب حقوق امتياز ، إذا كان هؤلاء الدائنون متأخرين فى المرتبة أى مقيدين بعد تاريخ قيد الدائن المرتهن .

فإذا استوفى الدائن المرتهن حقه فى مواجهة دائن آخر مع بقاء العقار فى يد مالكه سمى هذا تقدماً ، أما إذا استوفاه وقد انتقل ملكية العقار

— التقنين المدنى العراقى م ١٢٨٥ (مطابق ويسميه الرهن التأمينى) .

قانون الملكية العقارية اللبنانى م ١٢٠ : التأمين هو حق عينى على العقارات المخصصة لضمان القيام بموجب – وهو بطبيعته غير قابل التجزئة ، ويبقى بكامله على العقارات ، فيتبعها فى أية يد تنتقل إليها العقارات .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٠ .

المرهون إلى غير المالك فإن ذلك يسمى تقدماً على الدائنين الآخرين وتتبعاً في يد من انتقلت إليه ملكية هذا العقار[1] .

ويلجأ الدائن المرتهن عادة ، في استيفاء دينه من ثمن العقار المرهون ، إلى التنفيذ على هذا العقار وبيعه بالمزاد العلني . ولكن العقار المرهون قد يهلك قبل بيعه بالمزاد العلني ، فينتقل حق الدائن المرتهن إلى قيمة هذا العقار كمبلغ تعويض في حالة تعدى الغير على العقار المرهون ، أو مبلغ تأمين في حالة التأمين على العقار عند إحدى شركات التأمين ، أو مبلغ مقابل لنزع ملكية العقار المرهون للمنفعة العامة . وتقول المادة ١٠٥٦ مدني في هذا الخصوص : « يستوفى الدائنون المرتهنون حقوقهم قبل الدائنين العاديين من ثمن العقار المرهون ، أو من المال الذي حل محل هذا العقار ، بحسب مرتبة كل منهم ولو كانوا قد أجروا القيد في يوم واحد » .

فالرهن الرسمي إذن هو حق عيني ينشأ بموجب عقد رسمي هو الرهن ، ويتقرر ضماناً للوفاء بدين . وهذا الحق العيني يتقرر على عقار ، مملوك للمدين أو لكفيل عيني . وبموجبه يكون للدائن الحق في استيفاء دينه من ثمن هذا العقار ، مقدما في ذلك على الدائنين العاديين لمالك هذا العقار وللدائنين أصحاب الحقوق العينية على هذا العقار المتأخرين في المرتبة ، ومتتبعاً هذا العقار تحت يد من انتقلت إليه ملكيته[2] .

١١٧ — خصائص حق الرهن الرسمي : ومن خصائص حق الرهن

---

(١) قارن سمير تناغو في التأمينات العينية فقرة ٥ ص ١٨ .

(٢) انظر سمير تناغو في التأمينات العينية فقرة ٥ ص ١٩ — ويلاحظ أن الدائن المرتهن يستوفى حقه من ثمن هذا العقار المرهون أو مما يحل محل هذا العقار من تعويض أو مبلغ تأمين أو مقابل لنزع الملكية أو غير ذلك . فلفظ « الثمن » هنا مستعمل بهذا المعنى الواسع ، بعد أن تقرن المادة ١٠٥٦ مدني إلى المادة ١٠٣٠ مدني التي تعرف الرهن الرسمي (انظر منصور مصطفى منصور فقرة ٥) .

الرسمى أنه : (١) حق عينى عقارى : (٢) حق تبعى . (٣) حق غير قابل للتجزئة .

١١٨ — الرهن الرسمى حق عينى عقارى : يعطى حق الرهن الرسمى للدائن المرتهن حقاً عينياً عقارياً ، بجميع ما ينتج عن هذا الحق من مزايا وضمانات عينية[١] . فيعطى هذا الحق العينى للدائن حق التقدم على جميع الدائنين العاديين والدائنين المتأخرين فى المرتبة ، كما يعطى حق التتبع فى يد من تنتقل إليه ملكية العقار المرهون . فحق الرهن الرسمى ليس إذن جزءاً من حق الملكية كحق الارتفاق وحق الانتفاع ، بل هو حق الملكية ذاته (أو حق عقارى آخر) وضع ضماناً لدين معين .

وإذا كان الرهن الرسمى حقاً عقارياً تابعاً لدين كما سنرى ، فإن هذه التبعية تظهر فى أمور معينة ، منها أن ينتقل الدين ومعه الرهن الرسمى للموصى له من الدائن المرتهن ، ومنها أن ينتقل الدين ومعه الرهن الرسمى كذلك إلى المحال له[٢] . ولكن الرهن الرسمى يبقى مع ذلك حقاً عقارياً ، فإذا أراد الدائن المرتهن أن يتخلى عنه أو أن يحيله لشخص آخر ، وجب أن يكون لهذا الدائن الأهلية اللازمة لنقل العقار[٣] .

١١٩ — الرهن الرسمى حق تبعى : وحق الرهن الرسمى حق تبعى للدين الذى يضمنه هذا الرهن . فلا يقوم هذا الحق إلا بقيام الدين المضمون به ،

---

(١) أوبرى ورو ٣ فقرة ١٧٣ — جيوار ٢ فقرة ٦٣١ — بودرى ودى لوان ٢ فقرة ٨٩٣ — بيدان وفواران فقرة ٢٩١ — بلانيول وريبير وبيكيه ١٢ فقرة ٣٢٨ ص ٣٧٥ .

(٢) وقد يحكم بصحة الرهن ، فيستتبع ذلك ضمنا صحة الدين المضمون بالرهن . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا طلب الدائن الحكم ببطلان الرهن الصادر من مدينه إلى دائن آخر ، وكان الطلب مقصوداً به القضاء ضمنا ببطلان القرض أيضاً ، وقضى برفض الدعوى لانعدام الدليل ، كان هذا قضاء ضمنيا بصحة القرض المضمون بالرهن (نقض مدنى ١٨ يناير سنة ١٩٤٤ مجموعة أحكام النقض فى ٢٥ عاماً ١ ص ٦٧) .

(٣) بلانيول وريبير وبيكيه فقرة ٣٢٩ ص ٣٧٧ .

ويسير مع الدين وجوداً وعدماً[١] . فكل رهن رسمي يفترض إذن وجود التزام صحيح يضمنه هذا الرهن ، فإذا اعتور الالتزام عيب يؤدي إلى بطلانه أو إبطاله أو نقضه . اختفى الرهن مع الالتزام[٢] . وينتقل الرهن مع الالتزام للموصى له بالمنقول[٣] ، كما ينتقل مع الالتزام للخلف العام أو الخاص للدائن المرتهن[٤] . وينتهي انتهاء الالتزام بالوفاء أو بأية طريقة أخرى من طرق الانقضاء[٥] . ويقوم الرهن الرسمي لضمان أى التزام مهما كانت طبيعته وأوصافه ، فيجوز أن يضمن الرهن التزاماً مؤجلا أو التزاماً شرطياً فيصبح مؤجلا أو شرطياً كالالتزام المضمون[٦] .

على أنه يجوز من جهة ، فى القانون الفرنسي ، فصل الرهن الرسمي عن الالتزام المضمون فيحتفظ صاحب العقار المرهون بالحق فى منح مرتبة الرهن الرسمي لدائن مرتهن غير الدائن المرتهن ، كما يجوز من جهة أخرى إنشاء رهن رسمي لضمان حق مستقبل .

---

(١) لوران ٣٠ فقرة ١٧٣ – جيوار ٢ فقرة ٦٣٣ – بودرى ودى لوان ٢ فقرة ٩٠٢ – كولان وكابيتان ودى لاموراندير ٢ فقرة ٦٦٠ – بيدان وفواران فقرة ٣٠٣ – پلانيول وريپير وبيكيه ١٢ فقرة ٣٣٠ ص ٣٧٧ .

(٢) نقض فرنسى ٤ ديسمبر سنة ١٩٣٠ سيريه ١٩٣١ – ١ – ١٠٧ .

(٣) بودرى ودى لوان ٢ فقرة ٩٠٣ .

(٤) بودرى ودى لوان ٣ فقرة ١٩٣٢ – أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٨٣ ص ٦٦٦ .

(٥) پلانيول وريپير وبيكيه ١٢ فقرة ٣٣٠ ص ٣٧٨ .

(٦) جيوار ٢ فقرة ١٠٣٠ – أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٦٦ ص ٣٩١ – بودرى ودى لوان ٢ فقرة ١٢٨٠ (١) – ولكن لا يجوز أن يضمن الرهن الرسمي التزاماً طبيعياً ، لأن الالتزام الطبيعي لا يجبر المدين على أدائه فى حين أن الرهن الرسمي يجبر مالك العقار المرهون على الوفاء به (انظر فى هذا المعنى پلانيول وريپير وبيكيه ١٢ فقرة ٣٣١ – وانظر عكس ذلك وجواز أن يضمن الرهن الرسمي التزاماً طبيعياً بودرى ودى لوان ٢ فقرة ١٢٨٠ – بودرى وبارد ٢ فقرة ١٦٧٧ – لوران ١٧ فقرة ٢٨) . ولكن يجوز أن يضمن الرهن الرسمي التزاما عقده قاصر ، لأن مثل هذا الالتزام تجوز كفالته ، ويصبح من قرر الرهن على عقاره ضامنا لهذا الالتزام كفيلا عينيا (پلانيول وريپير وبيكيه ١٢ فقرة ٣٣١) .

أما عن احتفاظ صاحب العقار المرهون بالحق فى منح مرتبة الرهن الرسمى لدائن مرتهن غير الدائن المرتهن الأول فى القانون الفرنسى ، فيتحقق ذلك بأن يفى صاحب العقار المرهون الدائن المرتهن الأول ويستبقى مرتبة الرهن يعطيها لمن يشاء من الدائنين ، فيصبح لهذا الدائن مرتبة الدائن المرتهن الأول الذى سبق أن استوفى حقه . وعلى الدائن المرتهن الجديد أن يذكر فى القيد الذى يجريه مرتبته فى الرهن ، أى مرتبة الدائن المرتهن الأول[1] .

وأما عن إنشاء رهن رسمى لضمان حق مستقبل ، فيتحقق ذلك إذا فتح مصرف اعتماداً لأحد عملائه مضموناً برهن يأخذه المصرف على عقار لهذا المدين . فيوجد الرهن أولا قبل أن يوجد الدين ، ثم يوجد الدين بعد ذلك . ويجوز قيد الرهن قبل أن يوجد الدين ، ويعتبر الرهن موجوداً حتى قبل أن يقبض العميل الاعتماد المضمون بالرهن[2] .

١٢٠ — الرهن الرسمى حق غير قابل للتجزئة : والرهن الرسمى حق غير قابل للتجزئة ، سواء بالنسبة إلى العقار المرهون أو بالنسبة إلى الدين المضمون .

أما بالنسبة إلى العقار المرهون ، فإنه إذا فرض أن هذا العقار انتقل إلى ورثة مالكه وأصبح كل وارث مسئولا عن جزء من الدين ، فإن الجزء من العقار الذى يملكه هذا الوارث يبقى مرهوناً فى كل الدين . فإذا أدى

---

(١) نقض فرنسى ٢٠ ديسمبر سنة ١٩١١ داللوز ١٩١٢ – ١ – ٤٨٦ – بلانيول وريبير وبيكيه ١٢ فقرة ٣٣٤ ص ٣٨١ .

(٢) نقض فرنسى أول أبريل سنة ١٩٣٥ سيريه ١٩٣٧ – ١ – ٢١٣ – جيوار ٢ فقرة ١٠٣٢ – ١٠٣٣ – بودرى ودى لوان ٢ فقرة ١٢٨٦ – بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٣٧٠٠ – كولان وكابيتان ودى لاموراندير ٢ فقرة ١٦٦٠ – جوسران ٢ فقرة ١٦٣٧ وفقرة ١٨٣٢ – بيدان وفواران فقرة ٣٠٣ – ولكن الرهن المنشأ ضماناً لحق مستقبل لا ينتج أثراً إلا عند وجود هذا الحق ، فهو إذن يتبع هذا الحق فى وجوده (بلانيول وريبير وبيكيه ١٢ فقرة ٣٣٦ ص ٣٨٣) .

الوارث الجزء من الدين الذى هو مسئول عنه ، بقى الجزء من العقار الذى دخل فى ملكه مسئولا عن باقى الدين ، ولا يجوز شطب الرهن عن هذا الجزء من العقار إلا بعد سداد الدين كله . وإذا فرض أن عقارات متعددة مرهونة فى الدين ، فإن كل عقار منها يبقى مرهوناً إلى أن يسدد الدين كله ، ولا يكفى وفاء ما يقابل هذا العقار من الدين حتى يتخلص العقار من الرهن[1].

وأما بالنسبة إلى الدين المضمون ، فدعوى الرهن لا تتجزأ ، ويترتب على ذلك النتائج الآتية : (١) إذا انقضى جزء من الدين المضمون ، فإن العقار الضامن للدين يبقى ضامناً لما بقى من الدين ، فلا يخلص منه ما يقابل ما انقضى من الدين المضمون . فاذا كان ما انقضى هو ربع الدين مثلا ، بقى العقار كله ضامناً لثلاثة أرباع الدين الباقية دون وفاء ، ولا يخلص ربع العقار من الرهن . (٢) وإذا مات الدائن المرتهن وورثه ثلاثة أشخاص مثلا ، فإن كل وارث من هؤلاء الثلاثة ، إذا كانت أنصبتهم فى الميراث متساوية ، يكون له ثلث الدين المضمون بالرهن ، ولكنه يستطيع أن ينفذ بحقه على كل العقار المرهون . (٣) وإذا مات المدين الراهن ، وترك ورثة ثلاثة أنصبتهم متساوية ، وورث كل منهم ثلث الثلث فأصبح مديناً به كما هو الأمر فى القانون المدنى الفرنسى . ولكن إذا انتقل إليه العقار المرهون ، فإنه يمكن للدائن أن ينفذ على هذا العقار بكل الدين ، ويكون للوارث فى هذه الحالة الرجوع على الوارثين الآخرين كل بقدر نصيبه فى الدين[2] .

١٢١ — خطة البحث : ونبحث الرهن الرسمى فى فصول ثلاثة :

---

(١) پلانيول وريبير وبيكيه ١٢ فقرة ٢٤٠ ص ٣٨٦ .

(٢) ويجوز مع ذلك النزول عن عدم تجزئة الرهن ، فيصبح الرهن متجزئا على عدد ورثة الدائن أو على عدد ورثة المدين . والذى ينزل عن عدم تجزئة الرهن هو الدائن المرتهن ، صراحة أو ضمنا ، فينقسم الرهن على ورثته أو على ورثة المدين (پلانيول وريبير وبيكيه فقرة ٣٤٢) .

(١) إنشاء الرهن الرسمي . (٢) آثار الرهن الرسمي . (٣) انقضاء الرهن الرسمي[1] .

---

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي ، في خصوص أحكام الرهن الرسمي واستحداث ما حقق كثيراً من الإصلاح ، ما يأتي :

« رتب المشروع أحكام الرهن الرسمي ترتيبا لانجده في التقنين الحالي (السابق) ، واستحدث من النصوص ما حقق كثيراً من الإصلاح وعالج كثيراً من العيوب . (ا) أما الترتيب الذي أتبعه المشروع ، فنطقه واضح . فقد بسط أحكام الرهن في فصول ثلاثة : تناول الفصل الأول منها إنشاء الرهن ، فعرف العقد وقرر رسميته ، وذكر من عناصره الراهن والعقار المرهون والدين المضمون . وتناول الفصل الثاني آثار الرهن ، فقرر أثر الرهن فيما بين العاقدين ، ثم أثره بالنسبة للغير . ويستخلص من مجموع هذه الأحكام أن عقد الرهن يرتب حقا عينيا على العقار المرهون ، ويترتب هذا الحق دون حاجة إلى القيد فيما بين المتعاقدين ، ولا ينفذ في حق الغير إلا بالقيد . ويمكن تعريف حق الرهن بأنه سلطة يرتبها القانون للدائن المرتهن على العقار المرهون ، يستطيع بها أن يستوفي حقه من ثمن هذا العقار . فإذا استعمل هذه السلطة في مواجهة الراهن لم يكن هذا استعمالا لضمانه العام بل استعمالا لحق الرهن ، أو في مواجهة الغير كان هذا أيضاً استعمالا لحق الرهن ، إلا أن هذا الاستعمال يتخذ صورة خاصة يسمونها تقدما إذا كان الغير دائناً آخر ، وتتبعا إذاً كان الغير شخصاً انتقلت إليه ملكية العقار المرهون . وتناول الفصل الثالث الأسباب التي ينقضي بها الرهن الرسمي بصفة تبعية مع الدين المضمون ، أو بصفة أصلية مستقلا عن إنقضاء هذا الدين . (ب) أما النصوص التي استحدثها المشروع ، فيمكن إجمال أهمها فيما يأتي : أولا — من حيث إنشاء الرهن : (١) ميز المشروع في الرهن الذي يصدر من غير المالك بين رهن ملك الغير ورهن الأموال المستقبلة ، فجعل رهن ملك الغير باطلا بطلانا نسبياً كبيع ملك الغير حتى يتسق التشريع في عقدين من عقود التصرف — البيع والرهن — لا مبرر للتفرقة بينهما في هذه المسألة ، أما رهن الأموال المستقبلة وهي الأموال التي تؤول إلى الراهن في المستقبل دون أن تتحدد في عقار بالذات فباطل بطلانا مطلقا . (٢) ذكر المشروع حكم رهن الأموال الشائعة بتفصيل يتفق مع أهمية هذا الحكم من الناحية العملية . (٣) بين المشروع حكم رهن المباني القائمة على أرض الغير . (٤) وضع المشروع مبدأ عدم تجزئة الرهن في ألفاظ واضحة ، وبين الشقين اللذين يتضمنهما هذا المبدأ ، فكل جزء من العقار ضامن لكل الدين ، وكل جزء من الدين مضمون بكل العقار . ثانياً — من حيث آثار الرهن : (١) بين المشروع القيود التي ترد على حقوق الراهن في الإيجار وفي قبض الأجرة . (٢) عرض المشروع لشروط التملك عند عدم الوفاء وشرط البيع دون إجراءات ، وجعل حكمهما البطلان ، والتقنين الحالي (السابق) لا يذكر هذا الحكم إلا في =

الفصل الأول

إنشاء الرهن الرسمي

١٢٢ — الشكل والموضوع : عقد الرهن الرسمي عقد شكلي . لا يتم إلا بورقة رسمية على النحو الذي سنحدده . ثم هو بعد ذلك ، من ناحية الموضوع ، عقد يجب فيه رضاء المتعاقدين على إنشاء حق الرهن الرسمي على العقار المخصص لذلك .

فنبحث إنشاء الرهن الرسمي : (١) من ناحية الشكل . (٢) ثم من ناحية الموضوع .

= رهن الحيازة ويقصره على شرط التملك عند عدم الوفاء . (٣) خص المشروع الكفيل العيني ببعض الأحكام ، من ذلك تمسك هذا الكفيل بأوجه الدفع الخاصة به وبأوجه الدفع المتعلقة بالدين ، وعدم جواز التنفيذ على ماله إلا ما رهن من هذا المال دون أن يكون له حق الدفع بالتجريد ، وجواز تخليه عن العقار المرهون ليتفادى توجيه أي إجراء ضده . (٤) وضع قواعد تمنع الدائن المرتهن من التلاعب بمرتبة رهنه والاحتيال في ذلك سعيا وراء محاباة بعض الدائنين على حساب الآخرين ، كما أجاز للدائن المرتهن أن يتنازل عن مرتبة رهنه في حدود الدين المضمون بهذا الرهن لمصلحة دائن آخر له رهن مقيد على نفس العقار . (٥) أدخل المشروع في إجراءات التطهير تعديلا جوهرياً من شأنه أن يسقط عن الدائن ، إذا هو لم يقبل القيمة التي عرضها الحائز للعقار ، الالتزام بزيادة العشر . (٦) أتى المشروع بنصوص واضحة في تصفية مركز الحائز للعقار بعد نزع الملكية . ثالثاً — من حيث انقضاء الرهن : (١) ذكر المشروع أسباب انقضاء الرهن مرتبة ، وأورد في هذا الصدد بعض أحكام هامة كانقضاء الرهن بالتطهير حتى لو فسخت ملكية الحائز الذي طهر الرهن وكانقضائه بالبيع الجبري . (٢) أورد المشروع الحكم في تقادم الرهن الرسمي ، فنصت المادة . . . على أنه لا ينقضي الرهن الرسمي بالتقادم مستقلا عن الدين ، ومع ذلك إذا انتقل العقار المرهون إلى حائز فإن حق الرهن بالنسبة له يسقط بالتقادم إذا لم يرفع الدائن المرتهن دعوى الرهن عليه في خلال خمس عشرة سنة تبدأ من وقت تمكن الدائن من رفع هذه الدعوى ، وينقطع التقادم بإنذار الحائز بالدفع أو التخلية . وقد اضطرب القضاء المصري في هذه المسألة ، فحسم المشروع الخلاف بهذا الحكم » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٤ — ص ٦) .

المبحث الأول

إنشاء الرهن الرسمي من ناحية الشكل

١٢٣ — نص قانوني : تنص المادة ١٠٣١ مدني على ما يأتي :

« ١ — لا ينعقد الرهن الرسمي إلا إذا كان بورقة رسمية » .

« ٢ — ونفقات العقد على الرهن ، إلا إذا اتفق على غير ذلك[1] » .

ويقابل النص في التقنين المدني السابق م ٥٥٧/٦٨١[2] .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ١٠٩١ — وفي التقنين المدني الليبي م ١٠٣٤ — وفي التقنين المدني العراقي م ١٢٨٦ — وفي قانون الملكية العقارية اللبناني م ١٢٦ — ١٢٧ و م ١٤١ — ١٤٢[3] .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٤٣٨ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : « لا يتم الرهن إلا إذا كان بعقد رسمي يبرم بين الدائن والمالك للعقار الضامن لوفاء الدين . ونفقات العقد على الراهن ، إلا إذا اتفق على غير ذلك » . وفي لجنة المراجعة جعل النص فقرتين ، وأدخل عليه تعديل لفظي ، فأصبح مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، ووافقت عليه اللجنة تحت رقم ١١٢٦ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١١٢ ؛ ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٣١ — وقد اقترح بعض مستشاري محكمة النقض أن يضاف إلى الفقرة الأولى من النص العبارة الآتية : « وصادرا من مالك » . فذكرت لجنة مجلس الشيوخ في تقريرها أنها لا ترى الأخذ بهذا الاقتراح ، لأن حكم التقنين السابق منتقد في خصوص التفريق بين بيع ملك الغير ورهن ملك الغير . فنطق القانون لا يبيح مثل هذا التفريق ، وليس في الاعتبارات العملية ما يبرره أيضاً . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٩ — ص ١١) .

(٢) التقنين المدني السابق م ٥٥٧ / ٦٨١ : لا يعتبر رهن العقار إلا إذا كان بموجب عقد رسمي محرر في قلم كتاب إحدى المحاكم بين الدائن ومالك العقار المرهون ، تأميناً لوفاء الدين .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

وجاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الخصوص : « يطلق الرهن على العقد الرسمى وعلى الحق العينى الذى ينشئه هذا العقد . فالرهن عقد يتم بين الراهن والدائن المرتهن . ويكون الراهن عادة هو المدين .

= التقنين المدنى السورى م ١٠٩١ : ١ – يحرر سند التأمين بالشكل المعتاد ، وتسلم صورته الأصلية أو نسخة عنه مع سند الملكية إلى الدائن المؤمن له . ٢ – يعمد الدائن إلى إيداعهما المكتب العقارى ، ويحظر على رئيس المكتب العقارى خطا إجابة أى طلب تسجيل يضر بحقه فى أثناء مدة لا تتجاوز تسعين يوما . ٣ – إن هذا الإيداع ، الذى يعتبر فى أثناء المدة المذكورة بمثابة اعتراض ، يجرى قيده فى السجل اليومى ، كما يشار إليه بقيد موقت فى الصحيفة العقارية . وبصورة استثنائية لا يدون هذا القيد فى سند الملكية المحفوظ بالمكتب العقارى .

التقنين المدنى الليبى م ١٠٣٤ : ١ – لا ينعقد الرهن إلا إذا كان بورقة أصلية وفقاً لأحكام النظام العقارى . ٢ – ونفقات العقد على الراهن إلا إذا اتفق على غير ذلك .

التقنين المدنى العراق م ١٢٨٦ : ١ – لا ينعقد الرهن التأمينى إلا بتسجيله فى دائرة الطابو ، وعلى كل من المتعاقدين أن يعين محل إقامته فى البلد الذى تم فيه التسجيل . ويعطى لكل منهما نسخة من سند عقد الرهن موقع عليها منهما ، بعد أخذ تقريرهما فى مواجهة الشهود . ٢ – ونفقات العقد على الراهن ، إلا إذا اتفق على غير ذلك .

قانون الملكية العقارية اللبنانى م ١٢٦ : يكون التأمين جبريا أو قضائيا . وفى كلا الحالين لا يكون له مفعول قانونى إلا بعد تسجيله .

م ١٢٧ : يجوز وضع عدة تأمينات على عقار واحد . وسواء أكانت جبرية أو رضائية ، فإن رتبها تعين بحسب تاريخ قيدها فى السجل العقارى .

م ١٤١ : يحرر سند التأمين بالشكل العادى ، وتسلم صورته الأصلية أو نسخة عنه مع سند الملكية إلى الدائن المؤمن له . فيعمد الدائن إلى إيداعها المكتب العقارى ، ويحظر على رئيس المكتب العقارى خطا إجابة على أى طلب تسجيل يضر بحقه فى أثناء مدة لا يمكن أن تتجاوز تسعين يوماً . وهذا الإيداع الذى يعتبر فى أثناء المدة المذكورة بمثابة اعتراض ، يجرى قيده فى السجل اليومى ، كما يشار إليه بقيد موقت فى الصحيفة العينية . وبصورة استثنائية لا يتوجب تدوين هذا القيد فى سند الملكية المحفوظ بالمكتب العقارى .

م ١٤٢ : إذا تقدم طلب قيد جديد فى أثناء المدة المعينة لصحة الاعتراض ، يعمد رئيس المكتب العقارى أولا إلى قيد التأمين المؤجل قيداً قانونياً ، ويعطى هذا التأمين رتبته من تاريخ إيداع المعاملة للاعتراض . وبالعكس يتوجب على الدائن ، عند انقضاء مدة التسعين يوما ، أن يسحب أوراق المعاملة أو أن يطلب التسجيل القانونى لحقه ، وقد انقطعت عنه الضمانة التى كانت له من إيداع المعاملة للاعتراض .

وقد يكون غير المدين فيسمى كفيلا عينياً . والرسمية ركن فى العقد لا يقوم بدونها ، ونفقات العقد من كتابة ورسوم وقيد وغير ذلك تكون على الراهن ، إلا إذا كان هناك اتفاق على شىء آخر . أما حق الرهن فهو سلطة للدائن على العقار المرهون ، يستوفى بمقتضاها الدين من ثمن هذا العقار . فإن استوفاه فى مواجهة دائن آخر سمى هذا تقدماً ، وإن استوفاه فى مواجهة من انتقلت ملكية العقار المرهون إليه سمى هذا تتبعاً »[1] .

وظاهر أن المذكرة الإيضاحية تشير إلى أن كلمة « الرهن » يفهم منها معنيان مختلفان أحدهما عن الآخر : (١) عقد الرهن الرسمى ذاته ، ولا بد أن يكون فى ورقة رسمية ، فهو عقد شكلى يقتضى الرسمية اوجوده . (٢) حق الرهن الرسمى الذى ينشأ عن عقد الرهن الرسمى ، وهو سلطة للدائن على العقار المرهون يستوفى بمقتضاها الدين من ثمن هذا العقار . فإن استوفاه فى مواجهة دائن آخر سمى هذا تقدماً (droit de préférence) أما إذا استوفاه فى مواجهة من انتقلت إليه ملكية العقار المرهون فان هذا يسمى تتبعاً (droit de suite) .

وسواء كان المراد عقد الرهن الرسمى أو حق الرهن الرسمى ، فإن المعنيين يتسايران معاً فى نظام الرهن الرسمى باعتباره عقداً وباعتباره حقاً ينشأ عن هذا العقد ، والرهن الرسمى ، باعتباره حقاً ، يكون حقاً تابعاً نشأ لتأمين دين . فى الأصل إذن يوجد دين ، ثم ينشئ عقد الرهن الرسمى حقاً عينياً تابعاً لتأمين هذا الدين . والدين قد يكون مصدره عقداً رسمياً أو غير رسمى ، وقد يكون مصدره إرادة منفردة ، أو عملا غير مشروع ، أو إثراء بلا سبب ، وقد يكون مصدره القانون . وأياً كان مصدره ، فهو يقوم مع حق الرهن ذاته أو قبل هذا الحق . ولكنه لا يقوم بعد قيام هذا الحق ، فرهن المال المستقبل يقع باطلا كما سنرى (م ٢/١٠٣٣ مدنى) .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٠ .

لذلك نبحث فيما يلى : (١) أهمية الرسمية لانعقاد عقد الرهن الرسمى ولإنشاء هذا العقد لحق رهن رسمى . (٢) المقصود بالرسمية فى هذا الصدد . (٣) الجزاء على تخلف الرسمية . (٤) إبرام عقد الرهن الرسمى خارج مصر . (٥) نفقات عقد الرهن الرسمى . (٦) التوكيل فى الرهن الرسمى . (٧) الوعد بالرهن الرسمى .

١٢٤ — أهمية الرسمية لانعقاد عقد الرهن الرسمى ولإنشاء هذا العقد لحق رهن رسمى : لا ينعقد عقد الرهن الرسمى إلا إذا كتب فى ورقة رسمية ، طبقاً لأوضاع ورسوم معينة . فاذا وضع فى ورقة رسمية فقد انعقد ، وانبنى على ذلك أنه ينشئ حق رهن رسمى له آثار معينة فيما بين المتعاقدين وبالنسبة إلى الغير[١] . ورسمية عقد الرهن الرسمى تقررت لمصلحة الراهن ، ولمصلحة الدائن المرتهن ، ولمصلحة الائتمان فى ذاته[٢] .

أما أن الرسمية قد تقررت لمصلحة الراهن ، فذلك لأن الراهن يحتفظ بملكية العقار المرهون وبحيازته ، وهذا يغريه على أن يعتقد أنه سيتخلص من الرهن . ولكن قد يطول الأمر به دون أن يتخلص من الرهن ، وفى بعض الأحيان يقع فريسة وتنزع منه ملكية العقار المرهون ليستوفى الدائن دينه .

---

(١) ويلاحظ أن عقد بيع العقار عقد غير شكلى ، فلا يشترط إفراغه فى ورقة رسمية . وأما عقد الرهن الرسمى فعقد شكلى كما رأينا ، تجب فيه الرسمية وإلا كان باطلا . وقد يقال إن البيع أخطر من الرهن ، ولكن يمكن الرد على ذلك بأن البيع ينقل ملكية العقار إلى المشترى ، أما الرهن فيستبقى الملكية للراهن . فتجب الحيطة فى أمر الراهن ، لا سيما أنه لا يستبقى الملكية فحسب ، بل يستبقى أيضاً الحيازة . ولذلك اشترطت الرسمية فى عقد الرهن الرسمى ، ولم تشترط فى عقد الرهن الحيازى (انظر ما يلى نفس الفقرة فى الهامش – وقارن پلانيول وريپير وبيكيه ١٢ فقرة ٤٤٦ ص ٤٨٤ – ص ٤٨٥) .

(٢) بودرى ودى لوان ٢ فقرة ١٤٠٦ – بيدان وڤواران فقرة ٧٨٩ – كولان وكاپيتان ودى لاموراندير ٢ فقرة ١٧٥٣ – پلانيول وريپير وبيكيه ١٢ فقرة ٤٤٦ ص ٤٨٥ هامش ٣ .

لذلك كان من الواجب أن يكون عقد الرهن عقداً رسمياً ، حتى يتمكن الراهن من أدراك خطورة ما يقدم عليه من الأمر ، فلا يقدم إلا بعد احتياط وتدبر[1] .

وأما أن الرسمية قد تقررت لمصلحة الدائن المرتهن ، فذلك يظهر من أن الدائن المرتهن يجد نفسه فى حاجة إلى التثبت من أصل ملكية الراهن ومن أهليته للتعاقد . فالتجاؤه إلى الرسمية يجعله فى أمن من ذلك ، إذ يكون إلى جانبه موظف رسمي يجمع له شتات الأمور ويعينه على تدبر أمره . هذا إلى أن الرسمية من شأنها أن تضع فى يد الدائن المرتهن سنداً قابلا للتنفيذ ، فلا يحتاج إلى حكم إذا حل أجل الدين .

وأما أن الرسمية قد تقررت لمصلحة الائتمان فى ذاته ، فذلك يظهر من ضرورة كتابة العقد كتابة صحيحة . ولا يتوافر ذلك إلى درجة كبيرة إلا إذا كان العقد رسمياً[2] .

١٢٥ — المقصود بالرسمية فى هذا الصدد : والمقصود بالرسمية هنا أن تكون هناك ورقة رسمية يفرغ فيها عقد الرهن الرسمى ، حتى يكون هذا العقد صحيحاً ، والرسمية بهذا المعنى تهدف إلى ضمان التعبير عن الإرادة على

---

(١) ويقول الأستاذ سمير تناغو : « وليس صحيحاً أن تمتد المقارنة بين الرهن الرسمى والرهن الحيازى ، فيقال أن المشرع لا يشترط الرسمية فى الرهن الحيازى مع أن له نفس خطورة الرهن الرسمى . ذلك أنه فى الرهن الحيازى ينقل الراهن حيازة العقار إلى المرتهن وفى هذا تنبيه كاف إلى خطورة تصرفه ، أما فى الرهن الرسمى فيظل الراهن محتفظا بالسيطرة على العقار المرهون بما قد يوحى له أنه لم يفقد شيئاً بالرهن . وليس صحيحاً ما يقال ، فى مقارنة الرهن الرسمى بالبيع ، من أن المشرع لم يشترط الرسمية فى البيع رغم أنه تصرف أشد خطورة من الرهن إذ بمقتضاه تنتقل الملكية من البائع إلى المشترى ، لأن فى انتقال الملكية وحده ما ينبه البائع إلى خطورة تصرفه ، أما الراهن فإنه يحتفظ بالملكية وهو غالباً يعتقد أنه سيوفى الدين فى أجله فلا شىء يهدد ملكيته ثم يخيب تقديره بعد ذلك » (سمير تناغو فقرة ٦ ص ٢٢ — ص ٢٣ — وانظر آنفاً نفس الفقرة فى الهامش) .

(٢) انظر بلانيول وريبير وبيكيه ١٢ فقرة ٤٤٦ ص ٤٨٥ — ص ٤٨٦) .

على وجه صحيح ، فى حين أن الشكلية فى القوانين القديمة كالقانون الرومانى كانت تطغى على الإرادة فلا يعتد بالإرادة إذا وجد الشكل .

وهناك اتجاه غالب فى الفقه الفرنسى[1]، يؤيده جانب كبير من الفقه المصرى[2] ، يذهب إلى أن الرسمية لا تشترط إلا فى رضاء الراهن ، أما الدائن المرتهن فلا تشترط الرسمية فى رضائه ويجوز أن يكون هذا الرضاء ضمنياً . والظاهر من نصوص القانون أن الرسمية ضرورية فى كل من رضاء الراهن ورضاء الدائن المرتهن ، فلا يكفى أن يكون رضاء الراهن وحده رسمياً إذا لم يكن رضاء الدائن المرتهن رسمياً أيضاً ، وقد قدمنا[3] أن الرسمية قد تقررت لا لمصلحة الراهن وحده ، بل أيضاً لمصلحة الدائن المرتهن ، فوجب القول إن رضاء الدائن المرتهن يجب أيضاً أن يكون رسمياً كرضاء الراهن[4] .

١٢٦ — الجزاء على تخلف الرسمية : وإذا لم يفرغ عقد الرهن الرسمى فى ورقة رسمية ، فإنه يكون عقداً باطلا ، لأنه عقد شكلى ولا يقوم صحيحاً إلا إذا كتب فى ورقة رسمية . وعقد الرهن الرسمى الباطل لخلل فى الشكل لا يصلح أن يكون وعداً صحيحاً بالرهن ، لأن عقد الوعد بالرهن يجب أن يكون هو أيضاً فى ورقة رسمية ، شأنه فى ذلك شأن عقد الرهن الرسمى كما سنرى[5] . ولكن إذا كتب وعد بالرهن فى ورقة عرفية ، فإن هذا

---

(١) بيدان وڤواران ١٤ ص ٢٠٠ — مازو ٣ ص ٢٢٨ .

(٢) محمد كامل مرسى فقرة ٦٢ — عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ١٩١ — محمد على إمام فقرة ١٨٠ — سليمان مرقس فقرة ٦٣ .

(٣) انظر آنفاً فقرة ١٢٤ .

(٤) انظر فى هذا المعنى شفيق شحاتة فقرة ٥١ — شمس الدين الوكيل فقرة ٥٤ — سمير تناغو فقرة ٧ — وانظر منصور مصطفى منصور حيث يعرض الرأيين دون ترجيح فقرة ٢٤ ص ٦٧ — ص ٦٨ .

(٥) انظر ما يلى فقرة ١٣٠ .

الوعد يكون عقداً ملزماً ، غير أنه لا يكون عقد وعد بالرهن . وإنما يجب على الواعد أن يحرر عقداً رسمياً بوعد بالرهن ، فإن لم يفعل وجب عليه دفع التعويض لأن هذا هو الجزاء على تخلف الرسمية . كذلك يجوز . تطبيقاً للمادة ٣/٢٧٣ مدنى ، أن يعتبر الموعود له أن الواعد لم يقم بوعده . ولم يقدم ما وعد فى العقد بتقديمه من التأمينات ، ومن ثم يكون للموعود له وهو الدائن أن يطلب سقوط أجل الدين ، فيصبح الدين حالا تجوز المطالبة به فوراً .

وإذا كان هناك عقد غير رسمى تضمن الاتفاق على أن يعطى شخص لآخر قرضاً وعلى أن المقترض ينشئ رهناً لضمان هذا القرض . وجب على المقترض أن يقوم بإنشاء الرهن الرسمى . فإن لم يفعل . لم يجبر على ذلك لأن العقد غير رسمى[1] . ولكن يبطل العقد فى شق منه . وهو الشق الذى يوجب على المقترض أن ينشئ رهناً رسمياً . أما الشق الآخر . وهو القرض فيبقى صحيحاً لأن القرض ليس بعقد شكلى . إلا إذا تبين أن القرض ما كان لينشأ بغير الرهن فيبطل القرض أيضاً (م ١٤٣ مدنى) .

١٢٧ — إبرام عقد الرهن الرسمى خارج مصر : فى التقنين المدنى الفرنسى تنص المادة ٢١٢٨ على أن « العقود المبرمة فى الخارج (خارج فرنسا) لا تعطى حق رهن رسمى على الأموال الموجودة فى فرنسا ، إذا لم يوجد نص مخالف لهذا المبدأ فى التشريعات السياسية أو فى المعاهدات » . فالأصل إذن فى فرنسا أن العقود المبرمة فى الخارج لا تعطى حق رهن رسمى على العقارات الموجودة فى فرنسا ، ولا بد من إبرام عقد الرهن الرسمى فى فرنسا ذاتها حتى ينشئ هذا العقد حق رهن رسمى على العقارات الموجودة فى فرنسا . ولا شك فى أن المادة ٢١٢٨ مدنى فرنسى تعتبر استثناء من القاعدة

---

(١) ولكنه يبقى عقداً ملزماً ، فيجب على الواعد أن يقوم بدفع التعويض ، ويجوز للموعود له أن يعتبر أن أجل القرض قد سقط كما قدمنا فيطالب بالدين فى الحال .

التى تقضى بأن قانون المحل هو الذى يحكم شكل العقد (lous negit actum) ولكنه استثناء غير مفهوم[1] .

أما فى التقنين المدنى المصرى ، فقد كان التقنين المدنى السابق يماثل التقنين المدنى الفرنسى فى أنه لا يجوز إبرام عقد رهن رسمى فى الخارج . فنص فى المادة ٦٨١/٥٥٧ على أنه « لا يعتبر رهن العقار إلا إذا كان بموجب عقد رسمى محرر فى قلم كتاب إحدى المحاكم (المختلطة) بين الدائن ومالك العقار المرهون ، تأميناً لوفاء الدين » . ويفهم من هذا النص أن رهن العقار الموجود فى مصر لا يكون إلا بموجب عقد رسمى ، وهذا العقد يجب أن يحرر فى قلم كتاب إحدى المحاكم المصرية (المختلطة) . فالرهن الذى يعقد فى الخارج عن عقارات موجودة فى مصر لا يعتد به ، ويكون باطلا . ولما صدر مرسوم بقانون القنصليات فى ١٣ أغسطس سنة ١٩٢٥ (وقد استبدل به القانون رقم ١٦٦ لسنة ١٩٥٤) ، تضمن هذا المرسوم بقانون نصاً يجيز لقناصل مصر فى الخارج تحرير العقود ويجعل لها قوة العقود الرسمية . لذلك كان واجباً أن يتم الرهن بعقد رسمى فى أحد مكاتب التوثيق الرسمية ، أو فى إحدى القنصليات المصرية فى الخارج . وقد وجه إلى التقنين المدنى السابق نفس الانتقاد الذى وجه إلى التقنين المدنى الفرنسى ، باعتبار أنه يعوق التعامل بين أشخاص مقيمين فى دول مختلفة .

---

(١) على أن عقد الرهن الرسمى ، إذا كان طرفاه فرنسيى الجنسية ، يمكن تحريره فى القنصليات الفرنسية خارج فرنسا ، لأن هذه القنصليات لها هذا الحق بموجب القانون (بودرى ودى لوان ٢ فقرة ١٤١٩ – كولان وكابيتان ودى لاموراندير ٢ فقرة ١٧٥٧ – جوسران ٢ فقرة ١٦٧٩) . ويجوز لكل شخص ، ولو كان غير فرنسى الجنسية ، أن يبرم توكيلا رسمياً ، بحسب رسوم البلد الذى أبرم فيه التوكيل ، لشخص فى فرنسا يفوض له أن يبرم عقد رهن رسمى على عقار موجود فى فرنسا . ويجوز أخيراً ، بموجب معاهدات معينة ، إبرام عقد رهن رسمى خارج فرنسا على عقار موجود فى فرنسا ، ومن ذلك المعاهدات المبرمة بين فرنسا وإيطاليا وفرنسا وسويسرا (انظر پلانيول وريپير وبيكيه ٢ فقرة ٤٥٦ ص ٤٥٩) .

لذلك عدل التقنين المدنى الجديد عما كان يتمسك به التقنين المدنى السابق ، فنص فى المادة ١/١٠٣١ على أنه « لا ينعقد الرهن إلا إذا كان بورقة رسمية » . فالورقة الرسمية ركن فى انعقاد عقد الرهن ، ولكن المشرع المصرى لم يشترط إلا وجود هذه الورقة الرسمية ، ولم يبين من أية جهة تصدر هذه الورقة . وقد نصت المادة ٢٠ من التقنين المدنى الجديد على أن « العقود ما بين الأحياء تخضع فى شكلها لقانون البلد الذى تمت فيه (locus regit εctnm) ، ويجوز أيضاً أن تخضع للقانون الذى يسرى على أحكامها الموضوعية ، كما يجوز أن تخضع لقانون موطن المتعاقدين أو قانونهما الوطنى المشترك » . فيجوز إذن أن يخضع عقد الرهن الرسمى ، من حيث شكله ، لقانون البلد الذى تم فيه[1] . فإذا عقد رهن رسمى فى بلد أجنبى يرتب حق رهن رسمى على عقار موجود فى مصر ، جاز أن يتولى العقد فى هذا البلد الأجنبى موثق أجنبى يتولى إخضاع العقد من حيث الشكل للقاعدة التى تقضى بأن الشكل يخضع لقانون المحل (locus regit actum) ، كما يجوز أن يوثق الورقة الرسمية التى يفرغ فيها عقد الرهن الرسمى قنصل من قناصل الجمهورية فى الخارج[2] .

١٢٨ — نفقات عقد الرهن الرسمى : تقول الفقرة الثانية من المادة ١٠٣١ مدنى : « ونفقات العقد على الراهن ، إلا إذا اتفق على غير ذلك »[3].

---

(١) فى هذا المعنى سليمان مرقس فقرة ٦٤ — منصور مصطفى منصور فقرة ٢٥ — عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٦٨ ص ٩٤ — سمير تناغو فقرة ١٠ — وانظر عكس ذلك محمد كامل مرسى فقرة ٦٥ — شفيق شحاتة فقرة ٥٤ — عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ١٩٣ — محمد على إمام فقرة ١٨١ .

(٢) وإذا عقد الرهن الرسمى فى بلد أجنبى طبقاً لقانون الشكل فى هذا البلد ، فإن العقد يترتب عليه نشوء حق الرهن الرسمى على العقار الموجود فى مصر . ولكن لا تثبت للعقد القوة التنفيذية فى مصر من تلقاء نفسه ، فيتعين على الدائن أن يحصل على أمر تنفيذه ، ما لم يكن دينه ثابتاً قبل الرهن المعقود فى الخارج بحكم واجب التنفيذ أو بعقد رسمى محرر من جهة اختصاص مصرية (سليمان مرقس فقرة ٦٤ ص ١١١) .

(٣) انظر آنفاً فقرة ١٢٣ .

ويتبين من هذا النص أن الأصل أن تكون نفقات العقد على الراهن ، فهو الطرف الملزم فى هذا العقد فيتحمل ، عند ترتيب حق الرهن الرسمى على عقاره وما يترتب على هذا الحق من الآثار ، جميع نفقات العقد .

ومن نفقات العقد نفقات كتابية ، وكذلك رسوم الورقة الرسمية التى لا بد منها لانعقاد الرهن أى رسوم التوثيق ، والنفقات اللازمة لاستخراج الشهادات العقارية ، وأتعاب المحامى ، وغير ذلك من النفقات التى يستلزمها العقد . وسنرى فيما يلى أن الراهن هو الذى يتحمل أيضاً نفقات قيد الرهن ، وتجديد هذا القيد ، ومحوه (م ١٠٥٥ مدنى) .

ومع ذلك يجوز الاتفاق على غير ما تقدم ، فيتفق الدائن المرتهن مع مالك العقار المرهون على أن تكون نفقات العقد مناصفة بينهما أو بنسبة معينة ، أو أن يتحمل الدائن المرتهن وحده جميع نفقات العقد .

وإذا كان مالك العقار المرهون هو غير المدين أى كفيل عينى ، وهذا نادر ، فإن نفقات العقد تكون على هذا الكفيل العينى لأنه مالك العقار المرهون ، إلا إذا اتفق على غير ذلك . ولكن ذلك كله إنما يكون فى العلاقة فيما بين مالك العقار المرهون والدائن المرتهن ، ولا يمنع من رجوع مالك العقار المرهون بمصروفات العقد التى دفعها على المدين لأنه هو الذى استفاد من العقد فيلتزم بنفقته[1] .

١٢٩ — التوكيل فى الرهن الرسمى : تنص المادة ٧٠٠ مدنى على أنه يتوافر فى الوكالة الشكل الواجب توافره فى العمل القانونى الذى يكون محل الوكالة ، ما لم يوجد نص يقضى بغير ذلك » . فالتوكيل فى عقد الرهن الرسمى إذن يجب أن يكون شكلياً كعقد الرهن الرسمى نفسه ، أى أن يكون فى ورقة رسمية . ذلك أن الأصل إنما يعبر عن إرادته فى عقد الوكالة نفسه ، فيجب

---

(١) وقد يتضح من الظروف أن مالك العقار المرهون إنما أراد أن يدفع نفقات العقد ، دون أن يرجع بها على المدين (منصور مصطفى منصور فقرة ٢٩) .

أن يكون هذا التعبير فى الشكل الذى قرره القانون لعقد الرهن الرسمى[١]

ولما كان الاتجاه المتغلب فى فرنسا ، يؤيده جانب كبير من الفقه المصرى[٢].
يذهب إلى أن الرسمية فى الرهن الرسمى لا تكون إلا من جانب الراهن وحده ، أما الدائن المرتهن فيصح أن يكون رضاؤه عرفياً بل ضمنياً ، فإن هذا الاتجاه نراه أيضاً فى التوكيل بالرهن الرسمى . لذلك يرجع الاتجاه إلى أن التوكيل بالرهن الرسمى إنما تجب فيه الرسمية إذا كان الموكل هو مالك العقار المرهون ، أما إذا كان الموكل هو الدائن المرتهن فلا تشترط الرسمية فى التوكيل . ولكن هناك رأياً نؤيده يقضى بأن الرسمية ضرورية فى عقد الرهن الرسمى سواء من جانب الراهن أو من جانب الدائن المرتهن ، ولذلك يجب أن يكون التوكيل بالرهن الرسمى رسمياً حتى لو كان الموكل هو الدائن المرتهن[٣] .

ولما كان الرهن الرسمى من أعمال التصرف لا من أعمال الإدارة ، لذلك لا تكفى الوكالة العامة فيه ، ويجب أن تكون الوكالة خاصة . وقد نصت المادة ١/٧٠٢ و ٢ مدنى على أنه « ١ — لا بد من وكالة خاصة فى كل عمل ليس من أعمال الإدارة ، وبوجه خاص فى البيع والرهن والصلح والإقرار والتحكيم وتوجيه اليمين والمرافعة أمام القضاء ، ٢ — والوكالة الخاصة فى نوع معين من نوع الأعمال القانونية تصح ولو لم يعين كل هذا العمل على وجه التخصيص ، إلا إذا كان العمل من التبرعات » . ولما كان الرهن الرسمى ليس من أعمال التبرعات بل هو من أعمال التصرف ، لذلك ليس من الضرورى فى التوكيل به أن يعين العقار الذى يكون محلا للرهن ، بل يكفى التوكيل فى الرهن . وعند ذلك يجوز للوكيل أن يرهن أى عقار مملوك للموكل رهنا رسمياً ، ويدخل ذلك فى دائرة توكيله . وهذا كله على فرض أن الموكل

---

(١) بيدان وڤواران ١٤ فقرة ٧٩٩ — بلانيول وريبير وبيكيه ١٢ فقرة ٤٥٢ .

(٢) انظر آنفا فقرة ١٢٥ .

(٣) سمير تناغو فقرة ٨ ص ٢٧ .

هو نفس المدين ، أما إذا كان الموكل ليس المدين بل هو كفيل عيني ، فالغالب أن يكون متبرعاً ، ومن ثم إذا ثبت عنده نية التبرع فانه يجب عليه أن يحدد في توكيله بالرهن العقار بالذات الذي يخول الوكيل أن يرهنه .

١٣٠ — الوعد بالرهن الرسمي : نصت المادة ٢/١٠١ مدني على أنه « إذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين ، فهذا الشكل تجب مراعاته أيضاً في الاتفاق الذي يتضمن الوعد بإبرام هذا العقد » . ويخلص من هذا النص أنه لما كان عقد الرهن الرسمي لا بد من كتابته في ورقة رسمية ، فكذلك الوعد بالرهن الرسمي تجب أيضاً كتابته في ورقة رسمية وإلا كان باطلا . يوجه هذا النظر أن إغفال الشكل في الوعد يعين على الإفلات من هذا القيد ، « ما دام أن الوعد قد يؤدي إلى إتمام التعاقد المراد عقده فيما إذا حكم القضاء بذلك . ويكفي لبلوغ هذه الغاية أن يعدل المتعاقدان عن إبرام العقد الذي يرغبان في الإفلات من القيود الخاصة بشكله ، ويعمدا إلى عقد اتفاق تمهيدي أو وعد بإبرام هذا العقد لا يستوفي فيه الشكل المطلوب ، ثم يستصدرا حكماً يقرر إتمام التعاقد بينهما ، وبذلك يتاح لهما أن يصلا بطريق غير مباشر إلى عدم مراعاة القيود المتقدم ذكرها »[1].

فالوعد بإنشاء رهن رسمي لا ينعقد إذن إلا إذا أفرغ هو نفسه في الشكل الرسمي ، شأنه في ذلك شأن عقد الرهن ذاته . فإذا تم الوعد في الشكل الرسمي ، وتوافرت فيه جميع الشروط الواجب توافرها من تعيين المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه والمدة التي يجب إبرامه فيها (م ١٠١ مدني) ، نشأ في ذمة الوعد التزام بإتمام عقد الرهن الرسمي . فإذا لم يفعل ، أمكن الموعود له الحصول على حكم ، ويقوم هذا الحكم متى حاز قوة الشيء المقضي مقام العقد (م ١٠٢ مدني) .

---

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٧٤ .

أما إذا لم يستوف الشكل فى الوعد بإنشاء رهن رسمى ، وتم هذا الوعد فى ورقة عرفية مثلا ، فإنه يكون باطلا كما قدمنا . ولكنه يكون باطلا كوعد بإنشاء رهن رسمى ، دون أن يكون باطلا كاتفاق ملزم يمكن بموجبه الحكم بتعويض على الواعد . وقد ذهبت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد إلى أن « الوعد بإبرام عقد رسمى لا يكون خلواً من أى أثر قانونى ، إذا لم يستوف ركن الرسمية . فإذا صح أن هذا الوعد لا يؤدى إلى إتمام التعاقد المقصود فعلا ، فهو بذاته تعاقد كامل يرتب التزامات شخصية طبقاً لمبدأ سلطان الإرادة ، قد ينتهى عند المطالبة بالتنفيذ إلى إتمام عقد الرهن ، أو على الأقل إلى قيام دعوى بالتعويض ، بل وإلى سقوط أجل القرض الذى يراد ترتيب الرهن لضمان الوفاء به »[1] . وقد سبق أن قدمنا فى الجزء الأول من الوسيط أنه « يجوز أن يؤدى الوعد بالرهن الرسمى غير المفرغ فى ورقة رسمية إلى النتيجة الآتية : يعتبر عقداً غير معين تم بإيجاب وقبول وفقاً لمبدأ سلطان الإرادة ، ورتب التزاماً شخصياً فى ذمة الواعد . ولما كان هذا الالتزام يتعذر تنفيذه عيناً ، فلا يبقى إلا التعويض يحكم به على الواعد . ويجوز أن يؤخذ به حق اختصاص يؤدى عملا إلى نتيجة قريبة من الرهن الرسمى ، كما يجوز الحكم بسقوط أجل القرض الذى كان يراد ضمانه بالرهن وأخذ حق اختصاص بمبلغ القرض »[2] .

وهذا الرأى قريب من الرأى المعمول به فى فرنسا ، فالمقرر هناك أن القضاء الفرنسى لا يعتبر الوعد بالرهن الرسمى عديم الأثر إذا لم يقم به موثق العقود (notaire) . فالموعود له يستطيع أن يلجأ إلى القضاء ،

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٧٥ .

(٢) الوسيط جزء أول فقرة ١٣٥ – وانظر محمد كامل مرسى فقرة ٦٤ وفقرة ٦٧ – عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ١٩٦ – أنور سلطان فى مصادر الالتزام ص ١١٩ – شمس الدين الوكيل فقرة ٥٥ – سليمان مرقس فقرة ٦٩ – سمير تناغو فقرة ٩ ص ٢٩ .

والمحكمة لا تصدر حكماً بصحة الوعد ، ولكنها تحكم على الواعد بالتعويض وتزود هذا الحكم برهن قضائى[1].

وهناك رأى مرجوح فى مصر يذهب إلى أن الوعد بانشاء رهن رسمى يكون باطلا إذا لم يفرغ فى ورقة رسمية ، ولا يترتب عليه أى أثر . ومن ثم لا يحكم على الواعد بأى تعويض ، ولا يجوز أن يؤخذ عليه حق اختصاص من أجل تعويض لم يحكم به . وإذا جاز للدائن المرتهن أن يسعى للحصول على حق اختصاص ، فإنما يكون ذلك بناء على حكم بالدين الذى أريد ضمانه بالرهن[2] .

المبحث الثانى

إنشاء الرهن الرسمى من ناحية الموضوع

١٣١ — تطبيق القواعد العامة : عقد الرهن الرسمى كسائر العقود يجب فى إنشائه ، من ناحية الموضوع ، توافر الرضاء والمحل والسبب .

أما الرضاء فيصدر من المتعاقدين ، وهما الراهن والدائن المرتهن . ومتى صدرت منهما إرادتان متطابقتان ، فقد انعقد الرهن الرسمى . ويرجع فى ذلك إلى القواعد العامة فى نظرية العقد ، كما يرجع إلى هذه القواعد فى خلو الإرادتين من عيوب الرضاء . ويشترط أن يكون كل من الدائن المرتهن والراهن أهلا لمباشرة عقد الرهن الرسمى . ولم يعرض المشرع لأهلية الدائن المرتهن ، فوجب تطبيق القواعد العامة . وهذه تقضى بأن الرهن

---

(١) أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٦٦ ص ٣٨٤ – بلانيول وريبير وبيكيه ١٢ فقرة ٤٢٥ – مازو ٣ ص ٢٣١ .

(٢) شفيق شحاتة فقرة ٥٩ ص ٦٠ – جمال الدين زكى ص ٢٥٧ – منصور مصطفى منصور فقرة ٢٨ ص ٧٣ .

الرسمى بالنسبة إلى الدائن المرتهن من التصرفات النافعة نفعاً محضا ، فيعتبر الرهن صحيحاً غير قابل للإبطال إذا كان الدائن المرتهن صبياً مميزاً أو كان فى حكمه كالمحجور عليه للسفه أو للغفلة[١] . أما بالنسبة إلى الراهن ، فقد قضت المادة ٢/١٠٣٢ مدنى بأنه يجب أن يكون أهلا للتصرف فى العقار المرهون ، إذ الرهن الرسمى يعتبر من أعمال التصرف بالنسبة إلى الراهن وهو تصرف جزئى فى العقار[٢] . وعلى ذلك لا يصح الرهن الرسمى الصادر من الصبي المميز ، حتى لو بلغ الثامنة عشرة وإذن له فى إدارة أمواله بما فى ذلك العقار[٣] . وعقد الرهن الرسمى يعتبر من أعمال التصرف الدائرة بين

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ١٧٧ ص ٢٩٥ – محمد على إمام فقرة ١٤٣ ص ٢٣٤ – جمال الدين زكى ص ١٦٧ – سليمان مرقس فقرة ٢٣ ص ٣٢ – أحمد سلامة فقرة ٢٣ ص ٧٩ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٥ ص ٢٨ – منصور مصطفى منصور فقرة ٨ ص ٢٠ .

وهناك رأى يذهب إلى أن الرهن الرسمى كالرهن الحيازى يعتبر بالنسبة إلى الدائن المرتهن من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر ، على أساس أن الارتهان استيفاء للدين من وجه ولا يستوفى الدين إلا من توافرت فيه أهلية المعاوضة . فيجب أن يكون الدائن المرتهن أهلا أهلية كاملة ، ويكون العقد قابلا للإبطال إذا كان صبياً مميزاً أو كان فى حكمه (شفيق شحاتة فقرة ٧٨ ص ٧٥ – ويقول إن الرهن الرسمى كالرهن الحيازى مؤداه استيفاء الدائن لدينه من المدين ولا يؤثر انتقال الحيازة أو عدم انتقالها فى هذا المعنى : ص ٧٥ هامش ٣) . ويقال فى نقد هذا الرأى إن الشريعة الإسلامية لا تعرف الرهن الرسمى ، فلا يصدق اعتبار الارتهان استيفاء للدين بما يترتب عليه من اعتباره تصرفا دائراً بين النفع والضرر إلا على الرهن الحيازى وما يستتبعه من انتقال الحيازة إلى الدائن . أما الرهن الرسمى فليس استيفاء ، وإنما هو استيثاق فحسب (عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ١٨٧ ص ٢٩٥ هامش ٢ – سليمان مرقس فقرة ٢٣ ص ٣٢ هامش ٢ – منصور مصطفى منصور فقرة ٨ ص ٢١ هامش ١) .

(٢) بلانيول وريبير وبيكيه ١٢ فقرة ٤٠١ ص ٤٣٥ – عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ١٨٧ ص ٢٩٥ هامش ٢ . سليمان مرقس فقرة ١٩ ص ٢٤ – منصور مصطفى منصور فقرة ٨ ص ٢١ .

(٣) محمد كامل مرسى فقرة ٢٧ ص ٤٥ وفقرة ٢٩٣ ص ٣٨١ – محمد على إمام ص ٢٣٥ – أحمد سلامة فقرة ٢١ ص ٧٤ – منصور مصطفى منصور فقرة ٨ ص ٢١ – –

النفع والضرر إذا كان صادراً من المدين الراهن ، لأنه يرهن عقاره وفاء لالتزام عليه . وعلى ذلك يعتبر الرهن الصادر من الصبي المميز أو من في حكمه ، إذا كان هو المدين ، قابلا للإبطال . أما إذا كان الرهن الرسمي صادراً من كفيل عيني ، فهو بحسب الأصل متبرع ، فيكون رهن الصبي المميز ومن في حكمه باطلا . وذلك ما لم يتبين أن الصبي المميز ومن في حكمه قدم الرهن بمقابل إما للمدين أو للدائن المرتهن ، فيكون الرهن في هذه الحالة من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر ، ويكون قابلا للإبطال وليس بباطل[1] .

ومحل عقد الرهن الرسمي هو إنشاء حق عيني على عقار مملوك للراهن ، لضمان الوفاء بالتزام يترتب في ذمة الراهن نفسه أو في ذمة غيره . فدراسة محل الرهن الرسمي سيأتي الكلام فيها مفصلا فيما يلي ، عند الكلام في تخصيص الرهن .

بقي السبب في عقد الرهن الرسمي . ويبدو أن السبب في هذا العقد هو ضمان الدين ، ولهذا قد رضي صاحب العقار المرهون ، سواء كان هو المدين أو كان كفيلا عينياً ، بإقامة رهن رسمي على عقاره . فيجب إذن أن يكون هناك دين مضمون قد نشأ صحيحاً ، ثم بقي قائماً إلى حين انعقاد الرهن[2] . ولا يشترط في الدين المضمون أن يكون منجزاً ، فيجوز أن

= ص ٢٢ – وهناك رأي يذهب إلى أن الصبي المميز المأذون له بالإدارة له أن يرهن عقاره رهناً رسمياً ضماناً للوفاء بالتزاماته الناتجة عن إدارة أمواله (شفيق شحاتة فقرة ٧٧ ص ٧٤ – عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٨٧ ص ٢٩٥ هامش ٣) . ولكن المقصود في هذا القول هو مباشرة التصرفات الملحقة بأعمال الإدارة ، كشراء الأسمدة وبيع المحصول أو رهنه (منصور مصطفى منصور فقرة ٨ ص ٢٢) .

(١) عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٨٧ ص ٢٩٦ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٥ ص ٢٨ – منصور مصطفى منصور فقرة ٨ ص ٢٢ – ص ٢٣ .

(٢) ويعتبر الرهن تابعاً للدين المضمون ، فيسير معه (جيوار ٢ فقرة ٦٢٣ – لوران ٣٠ فقرة ١٧٣ – بودري ودي لوان ٢ فقرة ٩٠٢ – كولان وكابيتان ودي لاموراندير ٢ =

يكون معلقاً على شرط أو مستقبلا أو احتمالياً . وعلى ذلك يجوز تقرير الرهن ضماناً لقرض لم يتم تنفيذه ، أو لاعتماد مفتوح ، أو لحساب جار ، ويجب على كل حال أن يكون الدين المضمون بالرهن معيناً تعييناً كافياً من حيث مصدره وتاريخه ومحله ومقداره ، فلا يجوز الرهن ضماناً لكل ما عسى أن ينشأ فى ذمة الراهن من ديون للمرتهن[1] . ويجب على الأقل أن يعين الحد الأقصى للدين فى الاعتماد المفتوح وفى الحساب الجارى ، وإذا عين ميعاد يقفل فيه الاعتماد المفتوح أو الحساب الجارى لم يضمن الرهن إلا المبالغ المستحقة فى هذا الميعاد ولو لم تصل إلى الحد الأقصى المتفق عليه ، وتكون مرتبة هذا الرهن من يوم قيده لا من يوم تحقق الدين (م ١٠٤٠ مدنى)[2].

١٣٢ — خطة البحث : ولا نقف فيما تقدم إلا على المسائل التى هى فى صميم عقد الرهن الرسمى ، تاركين ما عدا ذلك من البحوث التى يشترك فيها الرهن مع سائر العقود . فنبحث أمرين : (١) الراهن وملكيته للعقار المرهون ، وأهليته للتصرف فيه . (٢) تخصيص الرهن من حيث العقار المرهون ، ومن حيث الدين المضمون .

= فقرة ١٦٦٠ — بيدان وثواران فقرة ٣٠٣) . وعلى ذلك يفترض الرهن الرسمى قيام التزام صحيح وجد الرهن لضمان الوفاء به ، فإذا كان هذا الالتزام باطلا أو قابلا للإبطال أو النقض كان الرهن مثله (نقض فرنسى ٩ ديسمبر سنة ١٩٣٠ سيريه ١٩٣١ — ١ — ١٠٧) . وينتقل الرهن مع الالتزام المضمون إلى الخلف العام أو الخلف الخاص — بودرى ودى لوان ٣ فقرة ١٩٣٣) ، وكذلك ينقضى الرهن بانقضاء الالتزام المضمون (پلانيول وريبير وبيكيه ١٢ فقرة ٣٣٠) .

(١) سليمان مرقس فقرة ٥٩ ص ١٠٥ .

(٢) استئناف مختلط ٢٢ يونيه سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٣٨٢ — سليمان مرقس فقرة ٥٩ ص ١٠٦ .

المطلب الأول

الراهن وملكيته للعقار المرهون وأهليته للتصرف فيه

١٣٣ — نص قانوني : تنص المادة ١٠٣٢ مدنى على ما يأتى :

« ١ — يجوز أن يكون الراهن هو نفس المدين ، كما يجوز أن يكون شخصاً آخر يقدم رهناً لمصلحة المدين » .

« ٢ — وفى كلتا الحالتين يجب أن يكون الراهن مالكاً للعقار المرهون ، وأهلا للتصرف فيه »[1] .

ويقابل النص فى التقنين المدنى السابق م ٦٨٢/٥٥٨[2] .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى م ١٠٧٩ — وفى التقنين المدنى الليبى م ١٠٣٥ — وفى التقنين المدنى العراقى م ١٢٨٧ — وفى قانون الملكية العقارية اللبنانى م ١٢٨[3] .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٤٣٩ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١١٢٧ فى المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١١٣ ، ومجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٣٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٢ — ص ١٣) .

(٢) التقنين المدنى السابق م ٥٥٨ / ٦٨٢ : لا يصح رهن العقار ممن لم يكن أهلا للتصرف . (وفى التقنين المدنى السابق رهن عقار ملك الغير كرهن العقار المستقبل ، كلاهما باطل . أما فى التقنين المدنى الجديد ، فإن الرهن الأول قابل للإبطال ، والرهن الثانى باطل) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ١٠٧٩ : يشترط فيمن يعقد التأمين الرضائى أن يكون حائزاً على أهلية التصرف بالعقار ، أو بالحق المعقود عليه التأمين .

التقنين المدنى الليبى م ١٠٣٥ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ١٢٨٧ (مطابق) .

قانون الملكية العقارية اللبنانى م ١٢٨ : لا يعقد بالتأمين الرضائى إلا من كان له الأهلية بأن يتصرف بالعقار أو بالحق الذى يخصصه التأمين .

والأصل يكون الراهن هو نفس المدين ، رتب رهناً رسمياً على عقار مملوك له تأميناً للوفاء بدين فى ذمته . ولكن لا يوجد ما يمنع من أن يكون المدين والراهن شخصين مختلفين ، فيترتب الدين فى ذمة المدين ، ويرتب شخص آخر على عقار مملوك له رهناً رسمياً تأميناً للدين . وفى هذه الحالة ، كما سبق القول ، يسمى الراهن كفيلا عينياً ، لأنه يكفل الدين ولكن فى فى حدود العقار الذى رتب عليه الرهن الرسمى .

وسواء كان الراهن هو المدين نفسه كما هو الغالب أو كان كفيلا عينياً ، فالأمر بالنسبة إليه لا يتغير إلا فى قليل من المسائل سيأتى ذكرها . ويجب أن يكون الراهن فى الحالتين مالكاً للعقار المرهون ، وأهلا للتصرف فيـــه .

§ ١ – ملكية الراهن للعقار المرهون

١٣٤ – وجوب أن يكون الراهن مالكاً للعقار المرهون : يجب أن يكون الراهن كما قدمنا مالكاً للعقار المرهون ، لأنه برهنه لهذا العقار يتصرف فيه ولو تصرفاً جزئياً ، ويجب أن يكون من يتصرف فى عقار مالكاً له ، إلا إذا كان مفوضاً فى رهنه .

ومتى كان الرهن هو المالك للعقار المرهون ، فإنه يستطيع أن يرهنه بنفسه[1] إذا كان كامل الأهلية كما سيأتى . فإذا لم يكن كامل الأهلية ،

---

(١) ويعتبر الراهن مالكا للعقار المرهون إذا كان وقت رهنه يملكه تحت شرط فاسخ أو تحت شرط واقف ، فيكون رهنه فى هذه الحالة صحيحا ولكن مصير الرهن يتوقف على نتيجة الشرط . فإن كان الشرط فاسخا وتحقق ، فإن الراهن يزول ملكه بأثر رجعى ويعتبر غير مالك للعقار من أول الأمر فيعتبر رهنه كأن لم يكن . وإذا لم يتحقق الشرط الفاسخ ، فإن الراهن يصبح مالكا على وجه بات ، وكذلك يكون رهنه باتا ، وإذا لم يتحقق الشرط الواقف ، فإن الراهن يعتبر غير مالك للعقار المرهون من أول الأمر ، ويعتبر رهنه كأن لم يكن – بعدم تحقق الشرط الواقف .

ولما كان عقد بيع الوفاء جائزا ، فقد كان البائع للعقار مالكا تحت شرط واقف ، وكان =

جاز لوليه أو لوصيه أو للقيم أن يرهنه بالشروط التى رسمها القانون لذلك وسيأتى ذكرها .

ويجوز لكامل الأهلية أن يوكل عنه من يرهن عقاره ، وقد سبق الكلام فى التوكيل فى الرهن الرسمى وبينا أن التوكيل يجب أن يكون فى عقد رسمى وإلا كان باطلا[1] .

وقد يكون الراهن غير مالك للعقار المرهون الموجود حالا ، فإذا رهنه كان الرهن قابلا للإبطال . أما إذا كان العقار مالا مستقبلا ، فالراهن لا يستطيع أن يرهنه ويكون رهنه فى هذه الحالة باطلا . وإذا كان المالك الظاهر للعقار هو الذى يتصرف فيه بالرهن الرسمى ، كان رهنه صحيحاً . ورهن المشترى للعقار قبل التسجيل يكون قابلا للإبطال ، فإذا ما سجل انقلب الرهن صحيحاً . ويجوز للوارث أن يرهن العقار الموروث ، بشروط معينة . وإذا كان الراهن مالكاً للعقار المرهون ورهنه بحسن نية فى الوقت الذى أبرم فيه الرهن ، كان الرهن صحيحاً حتى لو تقرر بعد الرهن إبطال سند ملكية الراهن أو فسخه أو إلغاؤه أو زواله لأى سبب آخر . ويبقى نافذاً الرهن الصادر من جميع الملاك لعقار شائع ، أياً كانت النتيجة التى تترتب على قسمة العقار فيما بعد أو على بيعه لعدم إمكان قسمته . وإذا رهن أحد الشركاء حصته الشائعة فى العقار أو جزءاً مفرزاً من هذا العقار ، ثم وقع فى نصيبه عند القسمة أعيان غير التى رهنها ، انتقل الرهن بمرتبته إلى قدر من هذه الأعيان يعادل قيمة العقار الذى كان مرهوناً فى الأصل .

= المشترى مالكا تحت شرط فاسخ . وكان لكل منهما أن يرهن العقار رهنا رسميا ، ويكون حكم الرهن هو ما قدمناه .

انظر فى ذلك بيدان وثواران فقرة ٣٧٩ – بلانيول وريبير وبيكيه فقرة ٣٧٠ – دى هلتس فى الرهن الرسمى فقرة ٣٣ – جرانمولان فقرة ٣١١ – محمد كامل مرسى فقرة ٣٧ – سليمان مرقس فقرة ٤٤ – استئناف مختلط ٥ مايو سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٢٦٥ .

(١) انظر آنفا فقرة ١٢٩ .

فيجب إذن أن نبحث المسائل الآتية : (١) رهن ملك الغير . (٢) رهن الملك المستقبل . (٣) رهن المالك الظاهر . (٤) رهن المشترى للعقار قبل أن يسجل عقد شرائه . (٥) رهن الوارث قبل سداد ديون التركة . (٦) رهن من تقرر بعد الرهن إبطال سند ملكيته أو فسخه أو إلغاؤه أو زواله لأى سبب آخر . (٧) رهن الملك الشائع .

١٣٥ — رهن ملك الغير — نص قانونى : تنص الفقرة الأولى من المادة ١٠٣٣ مدنى على ما يأتى :

« إذا كان الراهن غير مالك للعقار المرهون ، فإن عقد الرهن يصبح صحيحاً إذا أقره المالك الحقيقى بورقة رسمية . وإذا لم يصدر هذا الإقرار ، فإن حق الرهن لا يترتب على العقار إلا من الوقت الذى يصبح فيه هذا العقار مملوكاً للراهن »[1] .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٤٤٠ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، غير أن نص المشروع التمهيدى لم يكن يتضمن عبارة « بورقة رسمية » . ورأت لجنة المراجعة جعل المادة فقرتين تبدأ الثانية منهما بعبارة « وإذا لم يصدر » ، مع حذف كلمة « أما » السابقة لهذه العبارة ، ووافقت اللجنة على النص بعد هذا التعديل تحت رقم ١١٢٨ فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على النص ، بعد إدماج الفقرتين فى فقرة واحدة للارتباط الوثيق بينهما ، تحت رقم ١١١٤ . وأضافت لجنة مجلس الشيوخ عبارة « بورقة رسمية » لأن الرهن لا يتم إلا باستيفاء الرسمية ، فمن الواجب أن ينسحب هذا الحكم على إقرار المالك للرهن فيما لو كان الرهن قد صدر من شخص آخر . وكان بعض مستشارى محكمة النقض قد اقترح حذف النص ، حتى يكون بطلان الرهن الرسمى الصادر من غير المالك بطلانا مطلقاً : ولكن الحكومة أجابت بأن التقنين السابق يجعل بيع ملك الغير باطلا بطلاناً نسبياً ورهن ملك الغير باطلا بطلاناً مطلقاً والواجب توحيد الحكم ، وقد اقتبس نص مشروع التقنين الإيطالى الذى يجعل رهن ملك الغير باطلا بطلانا نسبيا . فرأت اللجنة رفض اقتراح مستشارى محكمة النقض ، لأن إلغاء النص يوجد الشذوذ الذى كان قائماً فى التقنين السابق ، ويجعل بيع ملك الغير قابلا للإبطال فى حين أنه يجعل رهن ملك الغير باطلا بطلانا مطلقا . فأزال المشروع هذا الشذوذ بجعل الحكم واحدا فى الحالتين ، وفى هذا تيسير للمعاملات =

ورهن ملك الغير هو غير رهن المال المستقبل . إذ أن رهن ملك الغير هو رهن لعقار لا يملكه الراهن ، وإنما يرهنه عادة لاعتقاده أن المالك سيقر الرهن بورقة رسمية ، أو لأنه سيسعى حتى يصبح العقار مملوكاً وعند ذلك يستقر رهنه من ذلك الوقت . أما رهن المال المستقبل فهو رهن لا يملكه الراهن أيضاً ، ولكن يرهنه مع ذلك لاعتقاده أنه سيملكه بطريق ما كطريق الميراث أو طريق الوصية . وهو لا يرهن عقاراً معيناً بالذات كما يفعل فى رهن ملك الغير ، وإنما يرهن ما عسى أن يملكه فى المستقبل من عقار ، فيكون الرهن باطلا لا قابلا للإبطال لأنه يتعارض مع مبدأ تخصيص الرهن . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « الراهن ، سواء أكان المدين أم كان كفيلا عينياً ، يجب أن يكون مالكاً للعقار المرهون ، وأن تتوافر فيه أهلية التصرف ، لأن الرهن من عقود التصرفات . فإن كان الراهن غير مالك للعقار المرهون فإن الرهن يكون باطلا بطلاناً نسبياً ، وقد انحرف المشروع فى هذا الحكم عن التقنين الحالى (السابق) (م ٥٦٣/ ٦٨٧) الذى يجعل رهن الأموال المستقبلة باطلا بطلاناً مطلقاً دون تمييز بين عقار معين وبين عقار غير معين . وقد أراد المشروع بجعل الرهن فى العقار المعين غير المملوك للراهن باطلا بطلاناً نسبياً أن يوحد فى الحكم ما بين بيع ملك الغير (م ٦٣٢ من المشروع) ورهن ملك الغير رهناً رسمياً (م ١٤٤٠ من المشروع) ورهن ملك الغير حيازة (م ٢/١٥٣١ من المشروع) ، لوحدة العلة وتحقيقاً لاتساق التشريع . وفى هذه الفروض الثلاثة يجيز العقد

= إذ يحصل فى العمل أن شخصا يرهن ملك غيره ثم يقر المالك هذا العمل . وأقرت اللجنة النص تحت رقم ١٠٣٣ ، ووافق مجلس الشيوخ على النص كما أقرته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٣ – ص ١٧) .

ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى السابق .

من تقرر البطلان لمصلحته (المشترى أو الدائن المرتهن)، كما يجيزه إقرار المالك الحقيقى أو انتقال الملكية منه إلى البائع أو الراهن. وإذا كان العقار المرهون مستقبلا معيناً بالذات وغير مملوك للراهن، فإن الرهن يكون باطلا بطلاناً نسبياً. أما إذا كان الرهن واقعاً على عقار لم يعين بالذات، واقتصر الراهن على رهن ما عسى أن يملكه فى المستقبل من عقار، فإن الرهن يكون باطلا بطلاناً مطلقاً. لأنه يتعارض مع مبدأ تخصيص الرهن، ولم ير المشروع إدخال أى استثناء على هذا الحكم على خلاف ما ورد فى التقنين الفرنسى (انظر م ٢١٣٠ – ٢١٣١ من هذا التقنين)»[١].

ونتكلم هنا فى رهن ملك الغير رهناً رسمياً، لا فى رهن المال المستقبل. ويلاحظ أن التقنين المدنى الفرنسى لم يرد فيه نص فى هذا الموضوع، ولكن الفقه والقضاء فى فرنسا يذهبان إلى أن الرهن يكون باطلا بطلاناً مطلقاً. ولم يكن هناك نص صريح فى هذا المعنى فى التقنين المدنى المصرى السابق، فكان الفقه والقضاء فى مصر يتبعان الفقه والقضاء فى فرنسا ويذهبان إلى أن الرهن الرسمى فى هذه الحالة يكون باطلا بطلاناً مطلقاً. ولكن التقنين المدنى المصرى الجديد ميز ما بين رهن ملك الغير ورهن المال المستقبل، فجعل الأول قابلا للإبطال والثانى باطلا. فنستعرض هذه التقنينات الثلاثة، وبوجه خاص التقنين المدنى المصرى الجديد.

١٣٦ — رهن ملك الغير فى التقنين المدنى الفرنسى: يجب، حتى يكون الرهن الرسمى صحيحاً فى التقنين المدنى الفرنسى، أن يكون الراهن مالكاً للعقار المرهون، أو صاحباً للحق العقارى الذى رهنه. وقد نصت المادة ١/٢١٢٩ من هذا التقنين على أنه لا يوجد رهن رسمى اتفاقى صحيح إلا ما ينشئه المدين على عقاراته، ثم تضيف المادة ٢/٢١٢٩ أن الأموال

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٤ – ص ١٥.

المستقبلة لا يجوز رهنها رهناً رسمياً ، وهذا النص الأخير يمنع رهن الأموال المستقبلة رهناً رسمياً سواء كان العقار غير معين أو كان معيناً[١] .

ويذهب القضاء والفقه فى فرنسا إلى أن بطلان رهن ملك الغير رهنا رسمياً هو بطلان مطلق لا بطلان نسبى ، ويبقى البطلان مطلقاً حتى لو كسب الراهن غير المالك ملكية العقار فيما بعد ، وفى هذه الحالة لا يستطيع الراهن أن يرهن العقار إلا بعد أن يتملكه ومن وقت أن يتملكه[٢] .

ولما كان بطلان الرهن الرسمى الصادر من غير مالك العقار المرهون بطلاناً مطلقاً ، جاز أن يتمسك به مالك العقار المرهون نفسه وخلفه[٣] . كما يجوز أن يتمسك به كل شخص له مصلحة فى ذلك ، فيتمسك به الدائنون الشخصيون للراهن[٤] ، وكذلك الغير الذى باع له الراهن أو وهبه أو رهن العقار الموهوب بعد أن أصبح هذا العقار ملكاً له[٥] .

---

(١) جيوار ٢ فقرة ٩٣٧ – فقرة ٩٣٨ – أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٦٦ ص ٣٦٤ وهامش ٤ – بودرى ودى لوان ٢ فقرة ١٣٠٤ – فقرة ١٣٠٨ – پلانيول وريپير وبولانچيه ٢ فقرة ٣٦٧٤ – كولان وكاپيتان ودى لامورانديير ٢ فقرة ١٧٤٦ – چوسران ٢ فقرة ١٦٨٠ – پلانيول وريپير وبيكيه ٢ فقرة ٤١٩ .

(٢) نقض فرنسى ٢٤ مايو سنة ١٨٩٢ داللوز ٩٢ – ١ – ٣٢٧ – ١٣ نوفبر سنة ١٩١٢ داللوز ١٩١٣ – ١ – ٤٣٣ – أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٦٦ ص ٣٦٤ وهامش ٣ مكرر – بودرى ودى لوان ٢ فقرة ١٣٠٦ وفقرة ١٣٠٨ – پلانيول وريپير وبولانچيه ٢ فقرة ٣٦٧٥ – كولان وكاپيتان ودى لامورانديير ٢ فقرة ١٧٤٦ – چوسران ٢ فقرة ١٦٨٦ – بيدان وثواران فقرة ٧٨١ – پلانيول وريپير وبيكيه ١٢ فقرة ٤٢١ ص ٤٥٤ .

(٣) أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٦٦ ص ٣٦٦ هامش ٧ – بودرى ودى لوان ٢ فقرة ١٣١١ .

(٤) بودرى ودى لوان ٢ فقرة ١٣١٢ .

(٥) أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٦٦ ص ٣٦٦ وهامش ٨ – بودرى ودى لوان ٢ فقرة ١٣١٢ – پلانيول وريپير وبولانچيه ٢ فقرة ٣٦٧٤ – كولان وكاپيتان ودى لامورانديير ٢ فقرة ١٧٤٦ – چوسران ٢ فقرة ١٦٨٦ – پلانيول وريپير وبيكيه ١٢ فقرة ٤٢١ ص ٤٥٦ .

ويميز الفقه والقضاء فى فرنسا بين رهن ملك الغير رهناً رسمياً وهو باطل وبين ملك الغير وهو قابل للإبطال (م ١٥٩٩ مدنى فرنسى) ، فلا يجوز أن يتمسك بقابلية بيع ملك الغير للإبطال إلا المشترى ، وتزول هذه القابلية للإبطال إذا أقر المالك البيع أو أصبح البائع مالكا للعقار المبيع[1] .

١٣٧ — رهن ملك الغير فى التقنين المدنى المصرى السابق : سار الفقه والقضاء فى مصر ، فى عهد التقنين المدنى السابق ، فى الطريق الذى سار فيه الفقه والقضاء فى فرنسا فيما يتعلق ببطلان رهن ملك الغير رهناً رسمياً . فكانا يقضيان بأن هذا الرهن الرسمى يكون باطلا ، وكانا يستندان فى ذلك إلى نصين فى التقنين المدنى السابق لا يعرضان بالذات إلى رهن ملك الغير ، فكانت المادة ٦٨١/٥٥٧ تنص على أنه « لا يعتبر رهن العقار إلا بموجب عقد رسمى . . . بين الدائن ومالك العقار تأميناً لوفاء الدين » . وكانت المادة ٦٨٧/٥٦٣ تنص على أن « رهن العقارات التى تؤول إلى الراهن فى المستقبل باطل » . فالنص الأول يقضى بأن من يرتب الرهن على عقار يجب أن يكون مالكاً لهذا العقار ، ويقضى النص الثانى ببطلان الرهن الذى يصدر من شخص لا يملك العقار المرهون ولو اعتقد الراهن أن هذا العقار ستؤول ملكيته إليه فى المستقبل . فكان الفقه والقضاء بجملان الرهن الرسمى الصادر من غير مالك العقار المرهون باطلا بطلاناً مطلقاً ، لا فرق فى ذلك بين عقار معين بالذات مملوك للغير وعقار غير معين بالذات سيؤول إلى الراهن فى المستقبل[2] . والذى حمل الفقه والقضاء فى مصر على هذا

---

(١) نقض فرنسى ٢٦ يوليه سنة ١٩٢٦ داللوز الأسبوعى ١٩٢٦ – ٤٣٤ – ١٥ يناير سنة ١٩٣٤ داللوز الأسبوعى ١٩٣٤ – ٩٧ – پلانيول وريپير وبيكيه ١٢ فقرة ٤٢١ ص ٤٥٦ .

(٢) دى هلتس فى الرهن الرسمى فقرة ٣٠ – جرانمولان فقرة ٣٠٩ – استئناف مختلط ٣ فبراير سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ١٠٢ – ٩ نوفبر سنة ١٨٩٢ م ٥ ص ٥ – ٢٢ نوفبر سنة ١٩٠٦ م ١٩ ص ١٩ .

النهج تقليدهما للفقه والقضاء فى فرنسا ، كما سبق القول .

وقد أغفلت محكمة الاستئناف المختلطة . أنه لا يوجد فرق بين رهن ملك الغير رهنا رسمياً وبيع ملك الغير ، إذ كانت تقضى بأن بيع ملك الغير[1] قابل للإبطال لا باطل . وإذا كانت قد قضت فى أول عهدها بأن رهن ملك الغير رهناً رسمياً يجب اعتباره قابلا للإبطال لا باطلا ، قياساً على بيع ملك الغير[2] ، إلا أنها هجرت هذا الحكم وجنحت إلى اعتبار رهن ملك الغير رهناً رسمياً باطلا بطلاناً مطلقاً على النحو الذى رأيناه[3].

١٣٨ — بطلان بيع ملك الغير فى التقنين المدنى المصرى الجديد :

رأينا فيما تقدم[4] أن التقنين المدنى المصرى الجديد أراد أن يسوى بين حكم بيع ملك الغير ورهن ملك الغير ، فجعل كلا منهما قابلا للإبطال لا باطلا . وقد أورد من النصوص ما هو صريح فى هذا المعنى .

فنى البيع ، نص فى المادة ٤٦٦ على أنه « إذا باع شخص شيئاً معيناً بالذات وهو لا يملكه ، جاز للمشترى أن يطلب إبطال البيع . ويكون الأمر

= بل ذهبت محكمة الاستئناف المختلط فى حكم لها إلى أن رهن ملك الغير رهنا رسميا غير موجود (inexistant) ، لأن النص الفرنسى للمادة ٦٨١ من التقنين المدنى المختلط يقول : "Le droit d' hypothèque n'existe que quand il a été stipulé .. contre le créancier et le propriétaire" (استئناف مختلط أول يونيه سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٢٤١) .

(١) وإلى هذه الحجة يضيف الأستاذ سليمان مرقس حجتين أخريين : (أ) إن المادة ٥٥٧ / ٦٨١ من التقنين المدنى السابق إنما قررت بطلان الرهن الرسمى بطلاناً مطلقاً جزاء لعدم تحريره فى عقد رسمى ، ولا يوجد ما يدل على أن المشرع قصد أن يجعل هذا البطلان جزاء لعدم ملكية الراهن للعقار المرهون أيضاً . (ب) إن المادة ٥٦٣ / ٦٨٧ ، عندما جعلت الرهن الرسمى باطلا ، قررت ذلك جزاء لمخالفته مبدأ تخصيص الرهن ، أما إذا رهن شخص عقاراً معينا قبل أن يملكه فإن علة البطلان هنا تكون منعدمة لأن مبدأ تخصيص الرهن فى هذه الحالة لا يختل (سليمان مرقس فقرة ٤٢ ص ٦١) .

(٢) استئناف مختلط ١٢ مايو سنة ١٨٨٧ بوريللى على المادة ٣٣٣ نبذة ١ .

(٣) سليمان مرقس فقرة ٤٢ ص ٦٢ .

(٤) انظر آنفا فقرة ١٣٥ .

كذلك لو وقع البيع على عقار ، سجل العقد أو لم يسجل . وفى كل حال لا يسرى هذا البيع فى حق المالك للعين المبيعة ، ولو أجاز المشترى العقد » . ونص فى المادة ٤٦٧ على أنه « ١ – إذا أقر المالك البيع ، سرى العقد فى حقه وانقلب صحيحاً فى حق المشترى . ٢ – وكذلك ينقلب العقد صحيحاً فى حق المشترى ، إذا آلت ملكية المبيع إلى البائع بعد صدور العقد » .

وفى الرهن ، رأينا[1] أن الفقرة الأولى من المادة ١٠٣٣ تنص على أنه « إذا كان الراهن غير مالك للعقار المرهون ، فان عقد الرهن يصبح صحيحاً إذا أقره المالك الحقيقى بورقة رسمية . وإذا لم يصدر هذا الإقرار ، فإن حق الرهن لا يترتب على العقار إلا من الوقت الذى يصبح فيه هذا العقار مملوكاً للراهن » .

وهذه النصوص صريحة فى أن رهن ملك الغير رهناً رسمياً حكمه هو نفس حكم بيع ملك الغير ، كلاهما قابل للإبطال لا باطل . فإذا رهن شخص عقار غيره رهناً رسمياً ، فإن الرهن يكون قابلا للإبطال ، سواء كان الراهن لا يعلم بعدم ملكيته للعقار أو كان يعلم ، وسواء كان الدائن المرتهن لا يعلم كذلك أو يعلم . فى جميع هذه الأحوال يكون رهن ملك الغير رهناً رسمياً قابلا للإبطال لا باطلا ، وهو قابل للإبطال لمصلحة الدائن المرتهن لا لمصلحة الراهن . ومن ثم يجوز للدائن المرتهن أن يطالب إبطال الرهن ، فيبطل . وكذلك يجوز للمرتهن أن يجيز عقد الرهن الرسمى ، فيصبح هذا العقد صحيحاً بإجازة الدائن له . ولكن ليس معنى ذلك أنه يسرى فى حق مالك العقار الحقيقى ، فإن هذا يبقى أجنبياً عن العقد لا صلة له به . وعلى ذلك حتى لو أجاز الدائن المرتهن العقد ، فليس معنى ذلك أن حق الرهن الرسمى ينشأ لمصلحته ، بل إن هذا الحق لا ينشأ إلا إذا أقر المالك الحقيقى

---

(١) انظر آنفاً فقرة ١٣٥ .

عقد الرهن بورقة رسمية[1] ، أو إذا أصبح الراهن مالكاً للعقار المرهون ومن وقت ملكيته له لا قبل ذلك .

فرهن ملك الغير رهناً رسمياً ، كبيع ملك الغير ، ينشأ أولا قابلا للإبطال . وفى هذه الفترة يبقى عقد الرهن قائماً فيما بين الراهن والدائن المرتهن ، ولكنه لا ينفذ فى حق المالك الحقيقى . فاذا أبطله الدائن المرتهن ، زال واعتبر كأن لم يكن . أما إذا أجازه ، فإنه ينقلب صحيحاً فلا يعود للدائن المرتهن حق إبطاله ، ولكنه لا ينشىء حق رهن رسمى لمصلحة الدائن المرتهن . ويجوز فى هذه الحالة للدائن المرتهن أن يطلب فسخ العقد ضد الراهن ، فإذا فسخ العقد زال بأثر رجعى . ويجوز كذلك أن يقر المالك الحقيقى العقد ، وعند ذلك لا يصبح العقد صحيحاً فحسب ، بل أيضاً ينشئ حق رهن رسمى من وقت وجوده لمصلحة الدائن المرتهن . ويجوز أخيراً أن تنتقل ملكية العقار المرهون إلى الراهن ، وعند ذلك ينشئ العقد ، وقد أصبح صحيحاً كما قدمنا ، حق رهن رسمى لمصلحة الدائن المرتهن ، ولكن من وقت انتقال ملكية العقار المرهون إلى الراهن .

ونحن فيما قدمناه إنما نقيس رهن ملك الغير رهناً رسمياً على بيع ملك الغير ، وننقل أحكام الثانى إلى الأول فى غير عناء[2] . ويبقى بعد ذلك أن نؤصل قابلية رهن ملك الغير رهناً رسمياً للإبطال ، بعد أن سبق أن أصلنا ذلك فى بيع ملك الغير[3] . وتأصيل القابلية للإبطال واحد فى بيع ملك الغير

---

(١) وقد رأينا فيما تقدم (انظر آنفاً فقرة ١٣٥ فى الهامش) أن لجنة مجلس الشيوخ أضافت عبارة « بورقة رسمية » لأن الرهن لا يتم إلا باستيفاء الرسمية ، فمن الواجب أن ينسحب هذا الحكم على إقرار المالك للرهن فيما لو كان الرهن قد صدر من شخص آخر .

(٢) انظر مع ذلك فيما يوجهه بعض الفقهاء من انتقاد لحكم القابلية للإبطال لرهن ملك الغير وعصيان هذا الحكم عن الاستجابة إلى أحكام رهن ملك الغير : شمس الدين الوكيل فقرة ٤٠ ص ٨٨ – ص ٩٤ .

(٣) الوسيط ٤ فقرة ١٥٥ – فقرة ١٥٨ .

وفى رهن ملك الغير رهناً رسمياً ، فالبيع والرهن من أعمال التصرف ، فالتأصيل يكون واحداً فى الحالتين .

وهناك نظريتان لتأصيل القابلية للإبطال فى كل من الحالتين ، قال بإحداهما الأستاذ سليمان مرقس ، وقالْ بالنظرية الثانية الأستاذ شفيق شحاتة .

قال الأول بأن بيع ملك الغير أو رهن ملك الغير باطل بطلاناً مطلقاً لاستحالة المحل استحالة مطلقة ، ثم يكمل نظرية البطلان المطلق بنظرية تحول العقد الباطل . فيتحول بيع ملك الغير أو رهن ملك الغير طبقاً لهذه النظرية من بيع ناقل للملكية فوراً أو من رهن منشئ لحق الرهن فوراً إلى بيع أو رهن منشئ لالتزامات فحسب ، متى ثبت أن نية الطرفين المحتملة كانت تنصرف إلى ذلك لو علما أن العقد الأول لا يمكن انعقاده بسبب انعدام الملكية . وانصراف نية البائع أو الراهن المحتملة إلى تحول العقد على هذا النحو مفروض فرضاً غير قابل لإثبات العكس ، أما انصراف نية المشترى أو الدائن المرتهن إلى ذلك ففروض إلى أن يثبت العكس ، فاذا تمسك المشترى أو الدائن المرتهن بإبطال البيع أو الرهن فقد ثبت العكس وأنه لم تنصرف نيته إلى التحول[1] .

ونأخذ على هذا الرأى أمرين : (أولا) القول بأن بيع ملك الغير أو رهن ملك الغير هو فى أصله باطل بطلاناً مطلقاً يتعارض مع نص صريح من نصوص التقنين المدنى المصرى ، فقد بينا أن هذه النصوص قاطعة فى أن بيع ملك الغير ورهن ملك الغير كلاهما قابل للإبطال لا باطل بطلاناً مطلقاً . (ثانياً) والقول بأن العقد الباطل قد تحول إلى عقد منشئ للالتزامات يتعارض مع نظرية التحول المعروفة ، فهذه تقتضى أن نية المتعاقدين كانت تنصرف وقت العقد إلى العقد الجديد لا إلى العقد الباطل ، ونية المشترى أو الدائن المرتهن تستعصى على هذا التأويل . فإما أن تكون هذه النية قد انصرفت احتمالا إلى العقد الجديد منذ البداية فلا يجوز إثبات العكس ،

---

(١) سليمان مرقس فقرة ٤٣ ص ٦٦ — ص ٦٧ .

وينبغي ألا يجوز تبعاً لذلك للمشترى أو للدائن المرتهن أن يطلب إبطال البيع أو الرهن . أو ألا تكون قد انصرفت إلى العقد الجديد فلا يكون هناك تحول ، وينبغي أن يبقى البيع أو الرهن باطلا بطلاناً مطلقاً وهذا ما يتعارض مع النص الصريح(١) .

وقال الأستاذ شفيق شحاتة فى كتابه « النظرية العامة للتأمين العينى » ما يأتى : « وقد تضاربت آراء الشراح فى طبيعة البطلان الذى يلحق بيع ملك الغير . على أن الرأى الصحيح هو أن بيع ملك الغير هو بيع غير نافذ فى حق المالك . وعدم نفاذ العقد الناقل للملكية يجعله كذلك عديم الأثر فيما بين المتعاقدين . وليس معناه أن العقد باطل بطلاناً مطلقاً أو نسبياً ، فالعقد يعتبر فى هذه الصورة عقداً موقوفاً ... والعقد الموقوف يتوقف أثره على الإقرار الصادر من المالك ، فاذا أقره المالك أنتج أثره فيما بين المتعاقدين وبالنسبة إلى المالك ، وإذا لم يقره المالك فالعقد يظل معدوم الأثر كما كان . وقد أخضع القانون المدنى الجديد عقد الرهن الصادر من غير مالك لحكم بيع ملك الغير . . . وينبنى على ذلك أن الرهن الصادر من غير المالك يعتبر عقداً موقوفاً ، لا صحيحاً ولا باطلا . ولو تم قيد الرهن بناء على العقد ، فإن أثر القيد يظل متوقفاً هو الآخر على الإقرار . ولا ينشأ الرهن إلا إذا أقره المالك الحقيقى ، أما إذا لم يقره فان الرهن لن يتحقق له وجود »(٢). ويؤخذ على هذا الرأى ما يأتى : (أولا) لو كان بيع ملك الغير أو رهن ملك الغير موقوفاً ، لما أنتج أى أثر قبل أن يجيزه المالك الحقيقى كما تقضى بذلك أحكام الفقه الإسلامى . ولكن كلا من العقدين ينتج أثره فى الحال ، ولا يبطل إلا إذا طلب المشترى أو الدائن المرتهن إبطاله . ثم إن المشترى والدائن المرتهن يملك كل منهما الإجازة ، والعقد الموقوف فى الفقه الإسلامى لا يجيزه

---

(١) انظر الوسيط ٤ فقرة ١٥٦ .

(٢) شفيق شحاتة فى النظرية العامة للتأمين العينى فقرة ٩٢ — فقرة ٩٣ .

إلا المالك الحقيقى . (ثانياً) نظرية العقد الموقوف إذا أمكن الأخذ بها فى القانون المصرى نقلا عن الفقه الإسلامى باعتباره مصدراً من مصادر هذا القانون (م ٢/١ مدنى) ، فذلك لا يكون إلا حيث لا يوجد نص تشريعى يمكن تطبيقه . ولذلك قد يصح الأخذ بالفقه الإسلامى فى مجاوزة الوكيل لحدود الوكالة فيكون تعاقده موقوفاً على إجازة الموكل ، إذ لا نص يمنع من ذلك . أما هنا فيوجد نص تشريعى صريح يجعل كلا من بيع ملك الغير ورهن ملك الغير عقداً قابلا للإبطال لا عقداً موقوفاً ، فيجب فى هذه الحالة إعمال النص الصريح[1] .

وكما قلنا فى بيع ملك الغير ، نقول هنا أيضاً إنه لا يسعنا ، إزاء تضارب الآراء فى تأصيل رهن ملك الغير ، إلا أن نتلمس العلة فى هذا البطلان ، فهى منافاة العقد لطبيعة الرهن . ولكن العلة وحدها لا تكفى ، فليس فى القواعد العامة ما يجعل منها سبباً لإبطال العقد . إذ أن سبب إبطال العقد ، وفقاً للقواعد العامة ، ليس إلا نقص الأهلية أو عيباً من عيوب الرضاء . لذلك كان لا بد من نص خاص ينشئ جواز إبطال رهن ملك الغير ، ويستند إلى العلة المعقولة التى قدمناها ، وقد وجد هذا النص . فهو نص منشئ للإبطال لا كاشف عنه ، ولو لم يوجد لما أمكن القول بأن رهن ملك الغير قابل للإبطال . بل لوجب القول بأنه صحيح ولكنه قابل للنسخ ، كما قيل ذلك فى إيجار ملك الغير حيث لا يوجد نص يقرر الإبطال . فلا بد إذن من القول بأن جواز إبطال رهن ملك الغير ، كجواز إبطال بيع ملك الغير ، هو إبطال خاص لا يستمد من القواعد العامة ، وقد أنشأه نص تشريعى صريح واستند فى إنشائه إلى علة معقولة[2] .

---

(١) انظر الوسيط ٤ فقرة ١٦٧ .

(٢) انظر الوسيط ٤ فقرة ١٥٨ .

١٣٩ — رهن المال المستقبل — نص قانونى : تنص الفقرة الثانية من المادة ١٠٣٣ مدنى على ما يأتى :

« ويقع باطلا رهن المال المستقبل »[1].

وقد سبق أن بينا الفرق بين رهن ملك الغير ورهن المال المستقبل ، فإذا كان الرهن واقعاً على عقار لم يعين بالذات واقتصر الراهن على رهن ما عسى أن يملكه فى المستقبل من عقار ، فإن الرهن يكون باطلا بطلاناً مطلقاً لأنه يتعارض مع مبدأ تخصيص الرهن[2].

وعلة بطلان رهن المال المستقبل بطلاناً مطلقاً ليست هى عدم ملكية الراهن للعقار المرهون ، فقد رأينا أن رهن ملك الغير يكون قابلا للإبطال لا باطلا . ولكن العلة هى عدم تعيين العقار المرهون تعييناً كافياً ، فيكون بطلان رهن المال المستقبل هو جزاء لمخالفته مبدأ التخصيص . وقد أراد المشرع حماية الراهن من أن يقدم على رهن ما يستجد له من مال مستقبل[3] .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٤٤٧ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « يكون الرهن باطلا إذا وقع على أموال مستقبلة ، ما لم يكن العقار المرهون معينا بالذات ، فى هذه الحالة تسرى أحكام المادة ١٤٤٠ » . وقررت لجنة المراجعة حذف هذه المادة . ولكن مجلس النواب أضاف فقرة جديدة (إلى المادة ١٠٣٣ مدنى) ضمنها حكم رهن المال المستقبل ، على الوجه الذى استقرت عليه فى التقنين المدنى الجديد ، حتى يظهر الفرق بين رهن ملك الغير ورهن المال المستقبل فالأول قابل للإبطال والثانى باطل ، وذلك تحت رقم المادة ٢/١١١٤ . ووافق مجلس الشيوخ على النص تحت رقم ١٠٣٣ / ٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٣ — ص ١٧) .

ويقابل النص فى التقنين المدنى السابق م ٥٦٣ / ٦٨٧ : رهن العقارات التى تؤول إلى الراهن فى المستقبل باطل .

(٢) انظر آنفاً فقرة ١٣٥ .

(٣) بيدان وثواران ٢ فقرة ٨٠٨ .

وعلى ذلك يجب قصر رهن المال المستقبل على الأحوال التي يكون فيها العقار المرهون غير معين تعييناً كافياً ، أما إذا كان العقار معيناً تعييناً كافياً فإن الرهن يكون قابلا للإبطال لأنه يكون رهنا لملك الغير[1] .

فرهن ما لا يملكه الراهن إنما يكون باطلا بطلاناً مطلقاً لأن العقار المرهون غير معين ، لا لأنه غير مملوك للراهن[2] . فلا يكون باطلا بطلاناً مطلقاً رهن العقار المعين بالذات ، ولو لم يكن مملوكاً للراهن . وعلى ذلك إذا رهن شخص ما سيؤول إليه من تركة أبيه حسب تقديره من عقار ، كان هذا رهناً لمال مستقبل وباطلا بطلاناً مطلقاً . أما إذا رهن مالا معيناً بالذات ، وقصد أن يكون الرهن فوراً ، وكان لا يملك العقار المرهون ، كان هذا رهناً لملك الغير ، ومن ثم يكون قابلا للإبطال .

١٤٠ — رهن المالك الظاهر : المالك الظاهر للعقار المرهون ليس بمالك حقيقي له ، ومن ثم يكون الرهن الصادر منه صادراً من غير مالك . ولو أننا طبقنا في هذا الصدد قاعدة إبطال رهن ملك الغير ، لوجب اعتبار الرهن الصادر من المالك الظاهر قابلا للإبطال وغير سار في حق المالك الحقيقي ، ولجاز للدائن المرتهن أن يطلب إبطال عقد الرهن . ولو أنه لم يطلب ذلك بل لو أجاز عقد الرهن الرسمي ، لما أنتج هذا العقد حق رهن للدائن المرتهن ، ما لم يقر المالك الحقيقي عقد الرهن أو ما لم تنتقل ملكية العقار المرهون إلى المالك الظاهر . ولكن الرهن الرسمي الصادر من المالك الظاهر لا تنطبق عليه هذه القواعد ، لأن المالك الظاهر وإن كان غير مالك حقيقي يظهر أمام الناس أنه هو المالك . فإذا ما تعامل معه الغير ، معتقداً بحسن نية أنه هو المالك الحقيقي ، أجاز القانون هذه المعاملة ، وسمح للغير حسن النية الذي ارتهن

---

(١) سليمان مرقس فقرة ٣١ ص ٤٥ .

(٢) عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٢١٥ — سليمان مرقس فقرة ٣١ ص ٤٦ .

العقار من المالك الظاهر بالتمسك بهذا الرهن . ونستعرض فئات ثلاثاً لهذا المالك الظاهر ، وهم الوارث الظاهر ، والمالك الظاهر بسند صورى ، والمالك الظاهر كاسم مستعار .

فالرهن الرسمى الذى يرتبه الوارث الظاهر (أو الموصَى له الظاهر) على العقار الذى ورثه ظاهراً يكون رهناً صحيحاً ، ويجوز للدائن المرتهن أن يتمسك بهذا الرهن ما دام أنه حسن النية ، أى يعتقد وقت أن تعاقد على الرهن أن الوارث الظاهر هو الوارث الحقيقى للعقار . وله فى هذه الحالة أن يتمسك بالرهن ضد الوارث الحقيقى ، وأن يحتمى بالقاعدة التى تقضى بأن الغلط الشائع يولد الحق (error communis facit jus)[1] .

ويختلف المالك الظاهر بسند صورى عن الوارث الظاهر فى أن سند ملكية الأول هو عقد صورى يحرر به عادة سند صورى كبيع أو هبة ، فى حين أن سند ملكية الآخر هو الميراث وليس حقيقياً . ولكن المالك الظاهر بسند صورى كالوارث الظاهر معروف بين الناس أنه هو المالك للعقار المرهون ، ولذلك يصح تعامله مع الغير إذا كان هذا الغير وقت التعامل يعتقد بحسن نية أنه تعامل مع المالك الحقيقى للعقار . فإذا باع شخص لآخر

---

(١) نقض فرنسى ٢٦ يناير سنة ١٨٩٧ داللوز ١٩٠٠ - ١ - ٣٣ - ١٤ أكتوبر سنة ١٩٤٠ جازيت دى پاليه ١٩٤٠ - ٢ - ١٥٠ - ١٩ مارس سنة ١٩٤٦ الأسبوع القضائى ١٩٤٦ - ٢ - ٣١٢٥ - أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٦٦ ص ٣٧٣ ص ٣٧٣ - بودرى ودى لوان ٢ فقرة ١٣٠٣ - كولان وكاپيتان ودى لامورانديير ٢ فقرة ١٧٥٠ - چوسران ٢ فقرة ١٦٩٠ - بيدان وثواران فقرة ٧٨٠ - پلانيول وريپير وبيكيه ١٢ فقرة ٤٢٦ ص ٤٦٢ .

وانظر فى هذا المعنى أيضاً شمس الدين الوكيل فقرة ٤٦ ص ١٢٦ - ص ١٣١ - وانظر مع ذلك سليمان مرقس فقرة ٤٦ ص ٧٣ - ص ٧٤ (ويذهب إلى عدم جواز الاحتجاج بتصرف الوارث الظاهر على الوارث الحقيقى لصدوره من غير مالك) - عز الدين عبد الله فى حماية خاصة بالدائن المرتهن فى القانون المصرى ص ٣٠٨ (ويستبعد الأخذ بنظرية الوارث الظاهر لأنها نظرية مجهولة فى القضاء المصرى) .

عقاراً بعقد صورى ، واحتفظ بورقة ضد (contre-lettre) هى العقد الحقيقى الذى يثبت أن عقد الشراء الذى يوجد عند المشترى ليس إلا عقداً صورياً ، فإن المشترى يعتبر مع ذلك فى نظر الناس أنه قد اشترى العقار ، وأنه قد ملكه إذا كان قد سجل عقد الشراء . فمن يتقدم إلى هذا المشترى ليتعامل بحسن نية معه فى العقار ، كأن يرتهنه منه يجب أن يحمى وإن كان قد ارتهن العقار من غير مالك . ولا يجوز تطبيق قواعد رهن ملك الغير فى هذه الحالة ، بل يجب اعتبار الرهن صحيحاً كأنه صادر من المالك . وقد نصت المادة ٢٤٤ مدنى فى هذا الصدد على أنه « ١ – إذا أبرم عقد صورى ، فلدائنى المتعاقدين وللخلف الخاص ، متى كانوا حسنى النية ، أن يتمسكوا بالعقد الصورى . ٢ – وإذا تعارضت مصالح ذوى الشأن ، فتمسك بعضهم بالعقد الظاهر وتمسك الآخرون بالعقد المستتر ، كانت الأفضلية للأولين » . ونرى من ذلك أن المالك الظاهر بسند صورى من حق الناس حسنى النية أن يعتبروا أنه هو المالك الحقيقى ، وأن يتعاملوا معه على هذا الأساس ، فإذا تقدم شخص حسن النية وارتهن العقار من المالك الظاهر بسند صورى ، كان الرهن صحيحاً كما قدمنا ، وجاز للدائن المرتهن أن يتمسك بهذا الرهن ، لا قبل المالك الظاهر وحده ، بل أيضاً قبل المالك الحقيقى ومن تعامل معه . فاذا رهن المالك الحقيقى العقار ، ولو لشخص حسن النية ، فإن الدائن المرتهن من المالك الصورى هو الذى يصح رهنه[1] .

بقى الاسم المستعار ، وهذا أيضاً مالك ظاهر وليس بمالك حقيقى . فإذا

---

(١) نقض فرنسى ٢٥ يناير سنة ١٨٤٧ داللوز ٤٧ – ٤ – ٣٤٢ – ٢٠ يوليه سنة ١٩١٠ داللوز ١٩١٠ – ١ – ٣٩٢ – ٢٥ أبريل سنة ١٩٣٩ داللوز ١٩٤٠ – ١ – ١٢ – أول مايو سنة ١٩٣٩ داللوز الأسبوعى ١٩٣٩ – ١٧٥٠ – بودرى ودى لوان ٢ فقرة ١٣٠٣ – ١ – پلانيول وريپير وبيكيه ١٢ فقرة ٤٢٦ ص ٤٦٤ – پلانيول وريپير وبولانچيه ٢ فقرة ٣٦٧٣ – كولان وكاپيتان ودى لاموراندبير ٢ فقرة ١٧٥٠ – سمير تناغو فقرة ٢٢ ص ٧٠ – وانظر عكس ذلك أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٦٦ ص ٣٧٣ وهامش ٢٥ مكرر .

أعطى شخص لآخر توكيلا لشراء منزل له ، فاشتراه الوكيل باسمه هو لا باسم موكله متفقاً معه على ذلك ، فإن الوكيل يصبح مالكاً للمنزل أمام الناس ، وهو اسم مستعار (prête-nom) لامالك حقيقى . فإذا تعامل معه شخص حسن النية يعتقد أنه هو المالك ، وارتهن منه المنزل ، فإن الرهن يكون صحيحاً ، ويستطيع أن يتمسك به الدائن المرتهن قبل الاسم المستعار وقبل المالك الحقيقى ومن يخلفه لنفس الاعتبارات التى ذكرناها [1].

ولكن مالك العقار يستطيع ، إذا باعه ولم يسجل البيع ، أن يرهن العقار لأنه لا يزال مالكاً له ، ويكون الرهن صحيحاً إذا قيد قبل أن يسجل البيع [2] .

١٤١ — رهن المشترى للعقار قبل تسجيل عقد شرائه : وإذا اشترى شخص عقاراً ولم يسجل عقد الشراء ، فإن ملكية العقار لا تنتقل إليه لعدم التسجيل . فإذا رهن المشترى العقار قبل التسجيل ، فإن الرهن يعتبر صادراً من غير مالك ، ويكون قابلا للإبطال باعتباره رهناً لملك الغير [3] .

---

(١) نقض فرنسى ١٧ يوليه سنة ١٩٠٧ داللوز ١٩٠٨ — ١ — ١١ — ١٧ ديسمبر سنة ١٩٠٧ سيريه ١٩٠٨ - ١ — ٣٩٦ — ٢٣ مارس سنة ١٩٠٩ داللوز ١٩١٠ - ١ — ١١٤ — ١٢ يوليه سنة ١٩٠٩ داللوز ١٩١٠ — ١ — ٣٧٢ — ولكن انظر نقض فرنسى أول مارس سنة ١٩٣٨ داللوز الأسبوعى ١٩٣٨ — ٢٥٩ — ومن الرأى السائد بودرى ودى لوان ٢ فقرة ١٣٠٣ — ١ — بلانيول وريبير وبيكيه ١٢ فقرة ٤٢٦ ص ٤٦٢ .

(٢) بودرى ودى لوان فقرة ١٢٩٥ — بلانيول وريبير وبيكيه فقرة ٤٢٦ ص ٤٦٤ .

(٣) وقد كان عقد الرهن يعتبر باطلا بطلانا مطلقا قبل التقنين المدنى الجديد ، لأن رهن ملك الغير كان يعتبر باطلا فى عهد التقنين المدنى السابق كما قدمنا (انظر استئناف مختلط ٨ يونيه سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٣٦٢ — ١٦ فبراير سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ١٦٧ — ٢٨ مايو سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٨٧) . وإذا سجل الراهن عقد شرائه ، فإن هذا التسجيل كان لا يجيز للدائن المرتهن التمسك برهنه وقيده حتى من تاريخ هذا التسجيل (استئناف مختلط ١٠ يونيه سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٣٢٨ — ٥ مايو سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٥٤) .

وعلى ذلك يجوز للدائن المرتهن أن يطلب إبطال العقد فيعتبر كأن لم يكن ، ومن ثم يجوز لهذا الدائن أن يطلب فسخ عقد الدين إذا كان الرهن شرطاً جوهرياً فيه . ويجوز أيضاً ، إذا أقر مالك العقار (وهو البائع له قبل تسجيل البيع) الرهن ، أن ينقلب عقد الرهن صحيحاً ، وأن ينشأ حق الرهن لصالح الدائن المرتهن . ويجوز أخيراً ، إذا سجل المشترى عقد شرائه فأصبح مالكاً للعقار ، أن يصبح عقد الرهن صحيحاً ، وأن ينشأ الرهن لصالح الدائن المرتهن من وقت صيرورة المشترى مالكاً ، أى من وقت تسجيل عقد الشراء[1] .

١٤٢ — رهن الوارث قبل سداد ديون التركة : وقد نص قانون الشهر العقارى (م ١/١٣) على وجوب شهر حق الإرث ، وإلى أن يتم هذا الشهر لا يجوز شهر أى تصرف يصدر من الوارث فى حق من حقوق التركة . وأوجب قانون الشهر العقارى (م ٢/١٤) التأشير بالمحررات المثبتة لدين من الديون العادية على المورث فى هامش تسجيل حق الإرث ، وجعل هذا التأشير بالدين يحتج به من تاريخ حصوله ، إلا إذا تم فى خلال سنة من تاريخ تسجيل حق الإرث فيكون عندئذ للدائن أن يحتج بحقه على كل من تلقى من الوارث حقاً عينياً عقارياً وقام بشهره قبل هذا التسجيل .

وعلى ذلك إذا لم يسجل الوارث حق إرثه ، ورهن عقاراً فى التركة ، لم يجز للدائن المرتهن أن يقيد حق الرهن ، فلم يعد للرهن أثر بالنسبة إلى الغير .

أما إذا سجل الوارث حق إرثه ، فان الدائن المرتهن يستطيع أن يقيد حق الرهن ، ويحتج به على الوارث ودائنيه وعلى دائنى التركة إذا أشر هؤلاء الدائنون بحقوقهم بعد سنة من تسجيل الوارث لحق إرثه . أما إذا

(١) انظر فى ذلك سليمان مرقس فقرة ٤٥ .

أشروا بحقوقهم فى خلال سنة من تسجيل الوارث لحق إرثه ، فإنهم يتقدمون بديونهم العادية على الدائن المرتهن[1] .

١٤٣ — رهن من تقرر بعد الرهن إبطال سند ملكيته أو فسخه أو إلغاؤه أو زواله لأى سبب آخر — نص قانونى : تنص المادة ١٠٣٤ مدنى على ما يأتى :

« يبقى قائماً لمصلحة الدائن المرتهن الرهن الصادر من المالك الذى تقرر إبطال سند ملكيته أو فسخه أو إلغاؤه أو زواله لأى سبب آخر . إذا كان هذا الدائن حسن النية فى الوقت الذى أبرم فيه الرهن[2] » .

---

(١) انظر فى ذلك سليمان مرقس فقرة ٤٦ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٤٤١ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، إلا أن نص المشروع التمهيدى كان يتضمن فقرة ثانية تجرى على الوجه الآتى : « ويكون صحيحا كذلك الرهن الصادر من غير المالك ، إذا ثبت أن الراهن كان وقت الرهن حائزاً للعقار المرهون منذ خمس سنوات ، على أن يثبت الدائن المرتهن أن لديه أسباباً معقولة كانت تجعله يعتقد أن الراهن مالك للعقار المرهون » . وفى لجنة المراجعة ، حذفت هذه الفقرة الثانية « لأن حكمها متطرف فى مخالفة القواعد العامة لغير مسوغ » ، وأقرت الفقرة الأولى وأصبح رقمها ١١٢٩ فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على النص تحت رقم ١١١٥ ، ثم وافق عليه مجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٢٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٨ — ص ٢١) .

ويقابل النص فى التقنين المدنى السابق نصوصاً عديدة هى ما يأتى :

م ٢٧ / ٤٦ : ينتهى حق الانتفاع بانقضاء الزمن المعين له أو بترك المنتفع حقه فيه أو بانعدام المال المقرر عليه حق الانتفاع أو باستعماله استعمالا غير جائز ، هذا مع مراعاة حقوق الدائنين المرتهنين .

م ٥٥ فقرة ثانية / ٧٨ فقرة ثانية : أما الأحكام المتعلقة بفسخ الملكية فى الأموال الثابتة بسبب تجاوز النصاب الشرعى أو عدم إبقاء القدر المفروض شرعاً أو نحو ذلك ، فلا يضر بحقوق من انتقلت إليهم الملكية ولا بحقوق الدائنين المرتهنين الحسنى النية .

م ٧٩ مكررة / ١٠٧ : بالرغم من القيود السابقة يجوز للدائن المرتهن للعقار إذا كان =

وهذا النص ، وقد حل محل نصوص متعددة متناثرة فى التقنين المدنى السابق ، كان لا بد من وجوده لأنه يقرر حكماً يخالف الأحكام التى تستخلص من القواعد العامة . ذلك أن القواعد العامة كانت تقضى بأن المالك ، إذا زال ملكه بأثر رجعى ، يعتبر كأنه لم يكن مالكاً للعقار الذى تصرف فيه ، وزوال ملكيته لهذا العقار بأثر رجعى يجعل تصرفاته فى هذا العقار كأنها لم تكن ، وعلى ذلك إذا كان قد رهن هذا العقار رهناً رسمياً اعتبر الرهن كأن لم يكن . فتطبيق القواعد العامة إذن تضحى بمركز من زالت ملكيته للعقار بأثر رجعى ، وتضحى كذلك بمركز كل من تصرف له هذا المالك قبل زوال ملكيته ، ويدخل فى ذلك الدائن المرتهن رهناً رسمياً ومن ثم فإن من يرتهن العقار من مالكه ، ثم تزول ملكية هذا المالك عن العقار المرهون بأثر رجعى ، يسقط رهنه هو أيضاً بأثر رجعى . وهذا هو

= حسن النية أن يتمسك بوضع اليد الحاصل من المدين الراهن مدة خمس سنوات ، إذا ثبت وجود أسباب قوية أوجبت اعتقاده وقت الارتهان ملكية الراهن .

م ١١٨ مكررة / ١٧٦ : فسخ العقد الناقل لملكية العقار لا يضر بحقوق الدائنين برهون مسجلة .

م ١٣٦ مكررة / ١٩٧ : بطلان المشارطة الناقلة للملكية لا يضر بحقوق الدائنين برهون مسجلة إذا كانوا حسنى النية .

م ٢٦٩ مكررة / ٣٤٠ : وفى الحالتين المبينتين فى المادة السابقة لا يضر وقوع الشرط الذى يجهله الدائن المرتهن لعقار بالحقوق الآيلة إليه من البائع تحت شرط توقيفى أو من المشترى تحت شرط فاسخ .

م ٢٩٨ / ٣٧٢ : إذا نقصت قيمة المبيع بعيب حدث فيه قبل استلامه ، بحيث لو كان هذا العيب موجودا قبل العقد لامتنع المشترى عن الشراء ، كان المشترى مخيراً بين الفسخ وبين إبقاء المبيع بالثمن المتفق عليه ، إلا إذا سبق منه رهنه .

م ٣٣٧ / ٤٢٠ : يسقط حق إقامة الدعوى بالغبن الفاحش بعد بلوغ البائع سن الرشد أو وفاته بسنتين ، ولا يترتب على ذلك الحق إخلال بحقوق أصحاب الرهون العقارية المسجلة .

حل القانون الفرنسي ، لا يغير منه أن يكون الدائن المرتهن حسن النية وقت إبرام عقد الرهن الرسمي .

فلما رأى التقنين المدني المصري ، السابق والجديد ، متمشياً في ذلك مع كثير من التشريعات الحديثة ، أن يجعل الرهن الصادر من مالك رهناً صحيحاً حتى لو زالت ملكية هذا الراهن للعقار المرهون بأثر رجعي ، أوجد النص الخاص بذلك وهو النص الذي نحن بصدده . ويبين من هذا النص أن هناك شروطاً ثلاثة لا بد من توافرها حتى يكون الرهن الصادر من مالك زالت ملكيته بعد ذلك بأثر رجعي رهناً صحيحاً ، وهذه الشروط هي :

أولا — يجب أن يكون الراهن مالكاً للعقار المرهون وقت انعقاد الرهن الرسمي ، ويجب أن يكون سند هذه الملكية قابلا للإلغاء بأثر رجعي ، كأن يكون هذا السند قابلا للإبطال أو قابلا للفسخ أو قابلا للرجوع فيه أو نحو ذلك . أما أن يكون سند هذه الملكية باطلا بطلاناً مطلقاً ، فهذا لا يجوز . ذلك بأن الراهن يجب أن يكون مالكاً للعقار المرهون كما قدمنا ، والسند الباطل بطلاناً مطلقاً لا أثر له فلاينقل الملكية إلى الراهن[1] . فاذا فرض أن الراهن كان قد اشترى العقار المرهون لسبب غير مشروع ، فان الشراء يكون باطلا بطلاناً مطلقاً ولا ينقل ملكية العقار إلى الراهن . فاذا قرر الراهن بعد ذلك حق رهن رسمي لدائن مرتهن ، فان هذا الرهن يكون باطلا أيضاً ببطلان البيع ، ولا يكون للدائن المرتهن أي حق على العقار[2].

---

(١) انظر شمس الدين الوكيل فقرة ٤٧ ص ١٣٣ وهامش ٢ — وانظر عكس ذلك عبد الباسط جميعي في نظرية الأوضاع الظاهرة حل الآلة الكاتبة ص ٣٥٠ .

(٢) كذلك إذا كان المشترى لم يسجل عقده ، ورهن العقار الذى اشتراه ، فإن الرهن يكون قابلا للإبطال لأنه رهن لملك الغير ، والرهن في الوقت ذاته لا يكون نافذا في حق البائع للعقار . فإذا فسخ الشراء فإن الدائن المرتهن لا يستطيع أن يحتج بعقد الرهن في مواجهة البائع للعقار ، لا لأن الرهن غير صحيح إذ هو قابل للإبطال وليس بباطل ، بل لأنه ليس نافذا في حق البائع قبل الفسخ ويبقى كذلك من باب أولى بعد الفسخ (استئناف مختلط ٥ مايو سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٥٤ — شمس الدين الوكيل فقرة ٤٧ ص ١٣٤) .

ثانياً – يجب أن يكون الدائن المرتهن ، وقت أن أبرم عقد الرهن ، حسن النية ، وتقول المادة ١٠٣٤ مدنى كما رأينا « إذا كان الدائن حسن النية فى الوقت الذى أبرم فيه الرهن » . ومعنى حسن نية الدائن المرتهن هو ألا يكون هذا الدائن عالماً بأن ملكية الراهن مهددة بالزوال بأثر رجعى ، فإذا كان عنده أى شك فى ذلك لم يكن حسن النية . وحسن النية يفترض أصلا ، فإذا أبرم الدائن المرتهن عقد الرهن افترض حسن النية ، ومع ذلك إذا أثبت الخصم أنه كان أمام الدائن المرتهن سبيل للشك فى ملكية الراهن ، بأن كان هذا الراهن مثلا لا يزال مديناً بالثمن أو ببعضه فإذا لم يدفع ما هو مدين به فسخ البيع ، كان على الدائن المرتهن أن يثبت أنه لم يكن يعلم أن الراهن لا يزال مديناً بالثمن أو ببعضه[1] . أما إذا رفع المدعى دعوى إزالة ملكية الراهن بأثر رجعى قبل أن يقيد الدائن المرتهن رهنه وأشر المدعى

---

(١) وإذا كان قد ذكر فى سند ملكية الراهن أنه لا يزال مدينا ببعض الثمن ، فعلى الدائن المرتهن أن يثبت علمه اليقينى بأن الباقى من الثمن قد دفع ، وإلا كان سيئ النية (شمس الدين الوكيل فقرة ٤٧ ص ١٣٨ – ص ١٣٩) .

وقد قضت محكمة النقض بأن حسن النية التى تقتضيه الحماية التى أضفاها المشرع فى المادة ١٠٣٤ من القانون المدنى على الدائن المرتهن فى حالة إبطال أو فسخ سند ملكية الراهن ، ينتفى متى كان هذا الدائن يعلم وقت إبرام الرهن ، أو كان فى مقدوره أن يعلم ، بأن ملكية الراهن للعين المرهونة مهددة بالزوال لأى سبب من الأسباب . واستخلاص قاضى الموضوع لسوء النية لا يخضع لرقابة محكمة النقض ، إلا من جهة مطابقته للتعريف القانونى لسوء النية . فإذا كان الحكم المطعون فيه قد استخلص من تضمين عقد البيع المسجل – سند ملكية الراهن ، وجود باقى من الثمن قدره أربعة آلاف من الجنيهات لم يدفع ، أن البنك المرتهن كان فى مكنته أن يعلم بأن هذا العقد مهدد بالزوال عن طريق الفسخ إذا ما تخلف المشترى (الراهن) عن الوفاء بهذا المبلغ ، وأنه لذلك يعتبر البنك سيء النية غير جدير بالحماية المقررة فى المادة ١٠٣٤ من القانون المدنى ، فإن الحكم يكون قد أقام استخلاصه لسوء نية البنك المرتهن على أسباب من شأنها أن تؤدى عقلا إلى ما انتهى إليه فى هذا الخصوص (نقض مدنى ١٢ نوفمبر سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ١٥٣ ص ١٠٢٨) .

بدعواه على هامش تسجيل سند ملكية الراهن[1] ، فإن المادة ١٥ من قانون الشهر العقارى تفترض افتراضاً غير قابل لإثبات العكس أن الدائن المرتهن يعلم برفع الدعوى ، فإذا حكم فيها لمصلحة المدعى كان هذا الحكم حجة على الدائن المرتهن . وتقول المادة ١٥ من قانون الشهر العقارى فى هذا المعنى : « يجب التأشير فى هامش سجل المحررات واجبة الشهر بما يقدم ضدها من الدعاوى التى يكون الغرض منها الطعن فى التصرف الذى يتضمنه المحرر وجوداً أو صحة أو نفاذاً ، كدعاوى البطلان أو الإلغاء أو الرجوع . فإذا كان المحرر الأصلى لم يشهر ، تسجل تلك الدعاوى » . ثم تقضى المادة ١٧ من قانون الشهر العقارى بأنه « يترتب على تسجيل الدعاوى المذكورة بالمادة الخامسة عشر أو التأشير بها أن حق المدعى إذا تقرر بحكم مؤشر به طبق القانون ، يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ تسجيل الدعاوى أو التأشير بها . ولا يكون هذا الحق حجة على الغير الذى كسب حقه بحسن نية قبل التأشير أو التسجيل المشار إليهما » . وعلى ذلك يتوقف الأمر على الوقت الذى قيد فيه حق الرهن الرسمى . فإذا كان هذا الوقت سابقاً على التأشير بدعوى المدعى فى هامش تسجيل سند الراهن ، كان المفروض أصلا أن الدائن المرتهن حسن النية وقت إبرام عقد الرهن ، أى لا يعلم بأن ملكية الراهن مهددة بالزوال بأثر رجعى ، إلا إذا ثبت وجود سبب للشك فى هذا الأمر فعند ذلك يكلف الدائن المرتهن بإثبات حسن نيته . أما إذا كان هذا الوقت لاحقاً لتأشير المدعى بدعواه فى هامش تسجيل سند الراهن ، فإن هذه قرينة قانونية غير قابلة لإثبات العكس بأن الدائن

---

(١) ذلك لأن الردن يجب أن يكون مقيداً قبل شهر فى صحيفة الدعوى التى طعن بها فى سند ملكية الراهن ، إذ يعتبر رافع الدعوى من الغير فيجب قيد الرهن حتى يحتج عليه به (عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٢١٨ ص ٣٣١ – محمد على إمام فقرة ١٥٠ ص ٢٤٤ – شمس الدين الوكيل فقرة ٤٧ ص ١٣٩ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٣ ص ٤٦ – أحمد سلامة فقرة ٥٤ ص ١٨٢ – منصور مصطفى منصور فقرة ٢١ ص ٦١ .

المرتهن يعلم برفع الدعوى . فإذا حكم فيها لصالح المدعى ، كان هذا الحكم حجة على الدائن المرتهن[١] . ونرى من ذلك أنه تجب الاستعانة بالمادتين ١٥ و ١٧ من قانون الشهر العقارى فى هذا الصدد ، واعتبار التأشير بدعوى المدعى على الوجه السابق ذكره قبل قيد الرهن الرسمى قرينة قاطعة على علم الدائن المرتهن بهذه الدعوى ثم بالحكم الذى يصدر فيها لصالح المدعى[٢] .

ثالثاً – يجب أن تزول ، بعد الرهن ، ملكية الراهن للعقار المرهون بأثر رجعى يرتبه القانون . مثل ذلك أن يكون الراهن قد اشترى العقار المرهون بعقد قابل للإبطال لصالح البائع ، فأبطل البائع هذا البيع بعد أن رتب الراهن رهنه . ومثل ذلك أيضاً أن يكون الراهن قد اشترى العقار المرهون بثمن لم يسدده كله ، وبعد رهنه طالب البائع بفسخ البيع لعدم دفع الباقى من الثمن وفسخ البيع لذلك . ومثل ذلك أن يكون العقار المرهون جزءاً من عقار شائع ، ثم اقتسم العقار الشائع فأصاب الراهن العقار الذى رهنه ، ثم فسخ عقد القسمة للغبن أو لغير ذلك من الأسباب . ومثل ذلك أن يكون العقار المرهون موهوباً للراهن ثم رجع الواهب فى هبته ، بعد الرهن ، لسبب من أسباب الرجوع . كل هذه الأسباب وغيرها من

---

(١) وإذا كان الدائن المرتهن يجب أن يكون حسن النية وقت إبرام عقد الرهن ، إلا أنه إذا تقرر الرهن ضماناً لدين مستقبل فالعبرة بوقت وجود الدين المضمون بالرهن . أما أن مرتبة الرهن تثبت من تاريخ القيد حتى لو تم هذا القيد قبل وجود الدين ، فهذه الأفضلية استثناء مقرر بنص فى القانون يجب أن يقف عند الغاية المقصودة منه (عبد الفتاح عبد الباقى ص ٣٢٩ هامش ٣ فى التعليق على استئناف مختلط ٢٨ مايو سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ٢١٣ – شمس الدين الوكيل فقرة ٤٧ ص ١٣٩ هامش ٣) .

(٢) ويمكن إطلاق الحماية المقررة فى المادة ١٠٣٤ ، فلا تقتصر على الرهن الرسمى وحده ، بل تشمل كل حق يماثل الرهن الرسمى كحق الاختصاص وحق الرهن الحيازى (شفيق شحاتة فقرة ٩٩ ص ٨٦ – عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٢١٧ – شمس الدين الوكيل فقر ٤٧ ص ١٤٠) .

أسباب زوال ملكية الراهن للعقار المرهون بأثر رجعي[1] ، فيجب أن تزول ملكية الراهن بسبب منها وعند ذلك يحق للدائن المرتهن أن يتمسك بالرهن .

فإذا توافرت هذه الشروط الثلاثة ، بقي الرهن لمصلحة الدائن المرتهن ولو أن ملكية الراهن قد زالت بأثر رجعي .وقد ذهبت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى تبرير ذلك إلى أنه « يمكن القول إن غير المالك الذى صدر منه الرهن هو نائب عن المالك نيابة قانونية ، تبررها حماية الدائن المرتهن حسن النية . أو يقال إن الرهن الرسمى ، كما يكسب العقد ، يكسب كذلك بالسبب الصحيح الصادر من غير مالك فى أحوال معينة ، إذا اقترن السبب الصحيح بحسن النية »[2] . ويضاف إلى هذين الرأيين رأى ثالث ،

---

(١) والأثر الرجعى هنا هو حكم القانون . وقد يكون هناك أثر رجعى بحكم الاتفاق ، كما فى التقايل ، فإذا اتفق البائع والمشترى على التقايل من البيع بأثر رجعى ، فإن تقابلهما يعيد الحالة إلى ما كانت عليه قبل البيع وكأن البيع لم يكن (نقض مدنى ٢٦ مارس سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ ص ٦٩٨) . وهذا الأثر الرجعى بحكم الاتفاق لا يؤثر فى صحة الرهن الصادر من المشترى قبل التقايل (چيجو : دراسة فى الأثر الرجعى الاتفاقى فى المجلة الفصلية للقانون المدنى سنة ١٩٣١ ص ٩٢ – شمس الدين الوكيل فقرة ٤٧ ص ١٣٤ – ص ١٣٥) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٠ – وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد أيضاً ما يأتى : « جمع المشروع فى المادة ١٤٤١ (رقم ١٠٣٤ مدنى) ما تناثر فى التقنين الحالى (السابق) من نصوص أريد بها حماية الدائن المرتهن حسن النية ، فنص على أن الرهن يبقى صحيحاً إذا صدر من مالك تقرر من ذلك بطلان سند ملكيته . . . أو فسخه . . . أو إلغاؤه أو زواله لأى سبب آخر (انظر مثلين لذلك فى المادة ٦٤٥ وتناول رهن ما باعه المريض مرض الموت ، والمادة ١٣٥٢ وتتناول رهن ما يجاوز نصاب الوصية) ، على أن يكون الدائن المرتهن حسن النية وقت الرهن . . . وفى الأحوال التى يصح فيها الرهن الصادر من غير مالك (وهى الأحوال المتقدمة الذكر) ، يمكن القول إن غير المالك الذى صدر منه الرهن هو نائب عن المالك نيابة قانونية تبررها حماية الدائن المرتهن حسن النية . أو يقال =

هو الرأى القائل بأن حق الرهن ينشأ مباشرة على عقار المالك الحقيقى بعد زوال ملكية الراهن بأثر رجعى ، كما لو كان العقار لا يزال على ملك الراهن ، إذ الراهن يعتبر مالكاً ظاهراً فى هذا الفرض . وهذه حيلة شرعية ، تفترض بقاء المال على ملك الراهن[١] . وهناك رأى رابع يفسر بقاء الرهن بعد زوال ملكية الراهن بالحد من إطلاق الأثر الرجعى لزوالها ، وهذا ما ذهب إليه المشرع فعلا فى المادتين ١٥ و ١٧ من قانون الشهر العقارى حماية لأصحاب الحقوق العينية التى تم كسبها بحسن نية قبل زوال الملكية . فإذا روعيت الحماية المقررة فى قانون تنظيم الشهر العقارى ، لم تكن المادة ١٠٣٤ استثناء القواعد العامة بل تطبيقاً لقاعدة عامة جديدة بموجبها يحد المشرع من الأثر الرجعى لزوال الملكية بما لا يؤثر فى حقوق الغير حسن النية[٢] .

= إن الرهن الرسمى ، كما يكسب بالعقد ، يكسب كذلك بالسبب الصحيح الصادر من غير المالك فى أحوال معينة ، إذا اقترن السبب الصحيح بحسن النية . وعلى كل حال يجب اعتبار المالك الحقيقى للعقار ، لا الشخص الذى يصدر منه الرهن ، هو الراهن ، وهو الذى يتخذ الدائن المرتهن ضده إجراءات نزع الملكية ، أو يستمر فى اتخاذها إذا كان قد بدأ هذه الإجراءات فى من صدر منه الرهن . ويلاحظ فى هذا الصدد أن الشخص قد يجد عقاره مرهونا فى دين ليس فى ذمته ، ويتدرج مركز هذا المالك من شخص هو الذى رتب الرهن وهذا هو الكفيل العينى ، إلى شخص لم يرتب الرهن ولكن الرهن نشأ والعقار فى ملكيته وهذا هو مركز المالك الذى يسرى فى حقه الرهن الصادر من غير مالك كما فى الفرض المتقدم ، إلى شخص لم يرتب الرهن ولم ينشأ الرهن والعقار فى ملكيته بل انتقلت إليه ملكية العقار وهو مرهون وهذا هو الحائز للعقار . ويحسن تمييز هذه الحالات بعضها عن بعض ، فقد تختلف الأحكام التى تطبق فى كل حالة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٩ – ص ٢٠) .

(١) شفيق شحاتة ص ٨٨ .

(٢) سمير تناغو فقرة ٢٣ ص ٧٦ – ص ٧٧ – وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد يجيز الرهن الصادر من غير المالك إذا وضع يده خمس سنوات متواليات على العقار المرهون ، إذا كانت هذه السنوات سابقة مباشرة على الرهن ، وأثبت الدائن المرتهن أن لديه أسبابا معقولة كانت تحمله يعتقد أن الراهن مالك للعقار المرهون (انظر أيضاً فى هذا المعنى م ٧٩ مكررة /١٠٧ من التقنين المدنى السابق) . ولكن لجنة المراجعة حذفت هذا النص ، « لأن =

١٤٤ — رهن العقار الشائع — نص قانونى : تنص المادة ١٠٣٩ مدنى على ما يأتى :

« ١ — يبقى نافذاً الرهن الصادر من جميع الملاك لعقار شائع ، أياً كانت النتيجة التى تترتب على قسمة العقار فيما بعد أو على بيعه لعدم إمكانه قسمته » .

« ٢ — وإذا رهن أحد الشركاء حصته الشائعة فى العقار أو جزءاً مفرزاً من هذا العقار ، ثم وقع فى نصيبه عند القسمة أعيان غير التى رهنها ، انتقل الرهن بمرتبته إلى قدر من هذه الأعيان يعادل قيمة العقار الذى كان مرهوناً فى الأصل . ويعين هذا القدر بأمر على عريضة ، ويقوم الدائن المرتهن بإجراء قيد جديد يبين فيه القدر الذى انتقل إليه الرهن خلال تسعين يوماً من الوقت الذى يخطره فيه أى ذى شأن بتسجيل القسمة . ولا يضر انتقال الرهن على هذا الوجه برهن صدر من جميع الشركاء ، ولا بامتياز المتقاسمين »[1] .

ويستخلص من هذا النص أنه إذا كان هناك عقار شائع ، فيمكن أن يرهنه جميع الشركاء ، ويكون الرهن نافذاً فى حق الجميع ، أيا كانت النتيجة التى تترتب على قسمة العقار أو على بيعه لعدم إمكان قسمته . ويمكن أيضاً أن يرهن العقار الشائع أحد الشركاء . وهذا الشريك الراهن إما أن

= حكه متطرف فى مخالفة القواعد العامة لغير مسوغ » (انظر آنفاً فقرة ١٤٣ فى الهامش — وانظر أيضاً هذا الحكم فى التقنين المدنى السابق فى سليمان مرقس فقرة ٥٤) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٤٤٦ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا أن المشروع التمهيدى لم يكن يتضمن النص بأن يكون تعيين القدر الذى ينتقل إليه الرهن بأمر على عريضة . وفى لجنة المراجعة أضيف هذا النص ، وأصبح رقم المادة ١١٣٤ فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على المادة تحت رقم ١١٢٠ ، ثم وافق عليها مجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٣٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٢٩ — ص ٣٢) .

ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى السابق .

يرهن حصته الشائعة فى العقار ، أو يرهن جزءاً مقرراً فى هذا العقار يقدر عادة أنه هو الجزء المفرز الذى سيصيبه من قسمة العقار ، أو يرهن جميع العقار الشائع وهذا الفرض الأخير لم يتعرض له النص .

فنبحث إذن : (١) رهن جميع الشركاء للعقار الشائع . (٢) رهن أحد الشركاء لحصته الشائعة فى العقار الشائع . (٣) رهن أحد الشركاء لجزء مفرز من العقار الشائع . (٤) رهن أحد الشركاء لجميع العقار الشائع .

١٤٥ — **رهن جميع الشركاء للعقار الشائع** : رأينا[1] أن الفقرة الأولى من المادة ١٠٣٩ مدنى تنص على أنه « يبقى نافذاً الرهن الصادر من جميع الملاك لعقار شائع ، أياً كانت النتيجة التى تترتب على قسمة العقار فيما بعد أو على بيعه لعدم إمكان قسمته » . فالنص يفرض أن هناك عقاراً شائعاً بين عدة شركاء ، ثلاثة مثلا ، وأن هؤلاء الثلاثة رهنوا هذا العقار الشائع . فالرهن الصادر من هؤلاء الثلاثة ، وهم جميع الشركاء المشتاعين ، يكون رهناً صحيحاً نافذاً فى حق الجميع ، سواء كان ذلك قبل القسمة ، أو بعد القسمة ، أو بعد البيع لعدم إمكان القسمة .

فالرهن يكون صحيحاً نافذاً قبل القسمة ، لأنه صدر من الثلاثة الشركاء وهم جميع الشركاء المشتاعين . فإذا باع هؤلاء العقار الشائع بعد رهنه ، فإنه ينتقل إلى المشترى مثقلا بالرهن ، ويتتبع الدائن المرتهن العقار الشائع فى يد المشترى وهو الحائز للعقار . وإذا بقى العقار الشائع فى ملكية الشركاء ، وأراد أحد دائنى شريك منهم التنفيذ عليه ، فان الدائن المرتهن يتقدم على هذا الدائن العادى لأنه دائن مرتهن . وإذا مات بعض الثلاثة الشركاء أو كلهم ، انتقل العقار مرهوناً إلى الورثة . وعلى ذلك يسرى الرهن فى

---

(١) انظر آنفا فقرة ١٤٤ .

حق الشركاء الثلاثة ، وفى حق دائنيهم ، وفى حق الخلف الخاص والخلف العام .

والرهن يكون صحيحاً نافذاً أيضاً بعد القسمة ، أو بعد البيع لعدم إمكان القسمة عيناً .

فإذا اقتسم الثلاثة الشركاء العقار الشائع ، وأخذ كل منهم حصة مفرزة من هذا العقار ، فإن هذه الحصة المفرزة التى تقع فى نصيب كل من الشركاء الثلاثة تكون مثقلة بحق الرهن ، لأن الشركاء الثلاثة كلهم قد رهنوا العقار عندما كان شائعاً ، فيبقى مرهوناً عند إفرازه . أما إذا وقع العقار الشائع فى نصيب أحد الشركاء الثلاثة ، وأخذ كل من الشريكين الآخرين نصيبه مفرزاً فى عقار أو عقارات أخرى شائعة بين الثلاثة ، فإن العقار الشائع المرهون ينتقل مرهوناً إلى الشريك الذى وقع فى نصيبه . وقد يعترض على ذلك بأن العقار كله وقع فى نصيب واحد من الثلاثة الشركاء ، وهذا الشريك لم يرهن عند الشيوع إلا نصيبه شائعاً ، فيجب أن ينتقل إليه العقار مثقلا بالرهن بمقدار نصيبه فى الشيوع فحسب . فإذا كانت حصص الشركاء الثلاثة متساوية ، وجب أن ينتقل العقار مثقلا بالرهن فى ثلثه على الشيوع فقط ، لأن هذا الثلث هو الذى رهنه من وقع فى نصيبه العقار ، أما الشريكان الآخران فلم يرهنا شيئاً بحكم الأثر الرجعى للقسمة إذ يعتبر أنهما لم يملكا العقار أصلا . وهذا الاعتراض يتمشى مع فكرة الأثر الرجعى للقسمة إذا أخذت على إطلاقها ، وكان القضاء الفرنسى يسير على هذا النحو فيقضى بأن العقار ينتقل كله إلى أحد الشركاء الثلاثة مثقلا بالرهن فى ثلثه على الشيوع فقط[1] . ولكن الموثقين (notaires) فى فرنسا اعترضوا على قضاء محكمة النقض . وذهبوا إلى أن جميع الشركاء قد وافقوا على رهن العقار الشائع ، فوجب أن يبقى الرهن صحيحاً نافذاً فى حقهم حتى بعد القسمة ، وحتى

---

(١) انظر نقض فرنسى ١٢ يناير سنة ١٩٠٩ داللوز ١٩١٠ – ١ – ٣٣ .

لو كانت نتيجة القسمة أن أخذ كل العقار الشائع أحد الشركاء المشتاعين وحده . فصدر فى فرنسا قانون ٣١ ديسمبر سنة ١٩١٠ يضيف فقرة إلى المادة ٢١٢٥ مدنى فرنسى ، تنص على أن الرهن الذى يقرره جميع الشركاء يبقى أثره القانونى مهما كانت نتيجة البيع بالمزاد أو القسمة الحاصلة بعد ذلك . وبهذا الحكم الأخير أخذ التقنين المدنى المصرى الجديد ، فقرر أن الرهن الذى يعقده كل الشركاء على الشيوع يبقى نافذاً « أياً كانت النتيجة التى تترتب على قسمة العقار فيما بعد ، أو على بيعه لعدم إمكان قسمته » (م ١/١٠٣٩ مدنى) .

وينتقل العقار مرهوناً كله ، حتى لو لم تمكن قسمته عيناً فبيع[1] . فإذا وقع البيع لأحد الشركاء الثلاثة ، فإن العقار ينتقل إليه كله كما قدمنا ، وهذا ما يقضى به نص الفقرة الأولى من المادة ١٠٣٩ مدنى فيما رأينا . ومن باب أولى إذا بيع العقار لأجنبى ، فقد رهن الثلاثة الشركاء العقار كله ، ثم باعوه إلى أجنبى ، فينتقل العقار مرهوناً إلى المشترى[2].

وقد يقع أن يرهن أحد الشركاء حصته الشائعة أو جزءاً مفرزاً من المال الشائع ، ثم يرهن جميع الشركاء بما فيهم الشريك الراهن جميع العقار الشائع . ثم يقسم العقار الشائع ، فيقع فى نصيب الشريك الراهن جزء مفرز من هذا العقار الشائع غير الجزء المفرز الذى رهنه . وسنرى أن الدائن

---

(١) وقد ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « ويتبين مما تقدم أن المشروع لجأ إلى تطبيق مبدأ الحلول العينى فيسر كثيراً من أمر الرهن فى الشيوع ، ولم يقتصر على ذلك بل أضاف حكماً نقله عن التقنين الفرنسى ، فقرر أن الرهن إذا صدر من من جميع الملاك على الشيوع كان صحيحاً ، حتى لو وقع المال بعد ذلك فى نصيب واحد منهم ، أو بيع لأجنبى لعدم إمكان القسمة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٣١) .

(٢) انظر فى هذا المعنى إسماعيل غانم فى الحقوق العينية الأصلية ١ فقرة ٦٥ — حسن كيرة فى الحقوق العينية الأصلية ١ فقرة ١١٨ — شمس الدين الوكيل فقرة ٤٤ — سليمان مرقس فقرة ٥٠ — منصور مصطفى منصور فقرة ٢٠ ص ٥١ — سمير تناغو فقرة ٢٥ ص ٨٣ — ص ٨٤ .

المرتهن من هذا الشريك يستطيع بإجراءات معينة أن ينتقل رهنه إلى الجزء المفرز بفضل الحلول العيني ، وأن يحتفظ بمرتبة رهنه كما كان . فيسبق هذا الرهن في المرتبة الرهن الصادر من جميع الشركاء على العقار الشائع ، لأن الرهن الأول سبق الرهن الأخير . وكان هذا يقتضي أن الدائن المرتهن من الشريك الراهن يتقدم على الدائن المرتهن من جميع الشركاء ، إذ هو أسبق في المرتبة . ولكن العبارة الأخيرة من المادة ٢/١٠٣٩ مدني ، كما سنرى تقول : « ولا يضر انتقال الرهن على هذا الوجه (أي انتقال رهن الدائن المرتهن من الشريك الراهن) برهن صدر من جميع الشركاء ولا بامتياز المتقاسمين » . وعلى ذلك يتقدم الدائن المرتهن من جميع الشركاء ، وهو متأخر في المرتبة ، على الدائن المرتهن من الشريك الراهن ، لأنه ارتهن العقار كله من جميع الشركاء فأصبح آمناً على رهنه[1] .

وما قدمناه في الرهن الرسمي ينطبق على الرهن الحيازي ، ولو أنه لا يوجد نص في هذا المعنى في نصوص الرهن الحيازي . فالمادة ١٠٩٨ مدني تنص على أن « تسري على الرهن الحيازي أحكام المادة ١٠٣٣ وأحكام المواد من ١٠٤٠ إلى ١٠٤٢ المتعلقة بالرهن الرسمي » ، والمادة ٢/١١٠٢ مدني تقضي بأن « تسري على الرهن الحيازي أحكام المادتين ١٠٤٨ و ١٠٤٩ المتعلقة بهلاك الشيء المرهون رهناً رسمياً أو تلفه وبانتقال حق الدائن من الشيء المرهون إلى ما حل محله من حقوق » . ولكن هذه المواد لا شأن لها بمسألتنا هذه ، ومن ثم لا يوجد نص صريح في المسألة . على أنه إذا رهن جميع الشركاء المشتاعين العقار الشائع رهناً حيازياً ، فان الرهن يبقى نافذاً أيا كانت النتيجة التي تترتب على قسمة العقار فيما بعد أو على بيعه لعدم إمكان قسمته . فالرهن الحيازي قد صدر من جميع الشركاء الشائعين ، فهو نافذ بطبيعة الحال قبل قسمة العقار . ثم هو نافذ إذا حصلت القسمة ووقع العقار كله في

---

(١) انظر في هذا المعنى سليمان مرقس فقرة ٥٠ ص ٨٣ .

نصيب أحد الشركاء ، فإن هذا الشريك يعتبر مالكاً للعقار منذ البداية وقد اشترك فى الرهن مع سائر الشركاء فينتقل إليه العقار مرهوناً كله . وكذلك إذا بيع العقار لعدم إمكان قسمته فرسا مزاده على أحد الشركاء ، كان هذا البيع قسمة واعتبر الشريك الذى رسا عليه المزاد مالكاً للعقار منذ البداية كما فى الفرض السابق . أما إذا رسا المزاد على أجنبى ، فإنه يكون بيعاً من جميع الشركاء الراهنين للعقار ، فينتقل إلى المشترى مرهوناً كما تقضى القواعد العامة[1] .

هذا وقد قضت المادة ٨٣٢ مدنى على أن « للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع أن يقرروا التصرف فيه إذا استندوا فى ذلك إلى أسباب قوية ، على أن يعلنوا قراراتهم إلى باقى الشركاء . ولمن خالف من هؤلاء حق الرجوع إلى المحكمة ، خلال شهرين من وقت الإعلان . وللمحكمة ، عند ما تكون قسمة المال الشائع ضارة بمصالح الشركاء ، أن تقدر تبعاً للظروف ما إذا كان التصرف واجباً » . فإذا قرر الشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع العقار الشائع ، وليس كله ، رهنه طبقاً للمادة ٨٣٢ مدنى ، ولم يعارض باقى الشركاء أو عارضوا وقدرت المحكمة أن قسمة العقار الشائع ضارة بمصالح الشركاء وأن رهن هذا العقار تصرف مناسب ، كان الرهن صحيحاً نافذاً فى حق الجميع ، وذلك بالرغم من معارضة أقلية الشركاء فى الرهن . فإذا بدا بعد ذلك للشركاء أو لبعضهم قسمة العقار وقسمته كما هو مفروض ضارة بمصالح الشركاء ، فبيع العقار

---

(١) انظر فى هذا المعنى إسماعيل غانم فى الحقوق العينية الأصلية فقرة ٧٤ ص ١٦١ – حسن كيرة فى الحقوق العينية الأصلية فقرة ١١٨ ص ٣٢٦ – شمس الدين الوكيل فقرة ٤٤ ص ١٠٨ – أحمد سلامة فقرة ٤٨ ص ١٥٧ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٨ ص ٥٦ – منصور مصطفى منصور فقرة ١٠ ص ٥١ – ص ٥٢ – سمير تناغو فقرة ٢٥ ص ٨٤ – وانظر عكس ذلك شفيق شحاتة فقرة ١١٠ ص ١٠١ – عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٤٣٥ مكرر ص ٥٥٥ – محمد على إمام فقرة ٣٢٨ ص ٤٧٢ – عبد المنعم البدراوى فى الحقوق العينية الأصلية فقرة ١٣٦ ص ١٦٦ – سليمان مرقس فقرة ٢٤٠ ص ٣٧٦ .

ورسا مزاده على أحد الشركاء أو على أجنبي ، فإنه ينتقل إلى المشترى مرهوناً ، تطبيقاً لأحكام المادة ١/١١٣٩ مدنى سالفة الذكر[١].

١٤٦ — رهن أحد الشركاء لحصته الشائعة فى العقار الشائع : لا شك فى أن كل شريك مشتاع يملك حصته الشائعة ، وله حق التصرف فيها . فله أن يرهنها ، ويكون رهنه صحيحاً ما دام العقار شائعاً ، وإذا باع هذه الحصة الشائعة انتقلت مرهونة إلى المشترى . أما إذا اقتصر على الرهن ، واقتسم الشركاء العقار بعد ذلك فوقع كله أو جزء منه فى نصيب هذا الشريك فإنه ينتقل مرهوناً[٢] ، أو ينتقل مرهوناً بعضه فى الشيوع بمقدار حصة الشريك فيما إذا وقع العقار كله فى نصيبه[٣] . وفى هذا المعنى تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « يجوز رهن العقار الشائع : فإذا رهن المالك نصيبه شائعاً كان الرهن صحيحاً ، حتى إذا أفرز النصيب الشائع من ذلك انتقل الرهن إلى النصيب المفرز »[٤] .

---

(١) انظر فى هذا المعنى منصور مصطفى منصور فقرة ٢٠ ص ٥٢ — وقارن شمس الدين الوكيل فقرة ٤٠ ص ١٠٩ .

(٢) استئناف مختلط ١٨ يونيه سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٣٩٩ — ١٠ يونيه سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣٤٣ — ٨ أبريل سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٣١١ — ٤ مايو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٣٠٠ — ٢٥ يناير سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ١١١ — ١٥ يناير سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ٤٤ .

(٣) أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٦٦ ص ٤٤٦ — بودرى ودى لوان ٢ فقرة ١٣٢١ ص ٤٢٢ — پلانيول وريپير وبيكيه ١٢ فقرة ٤٢٣ ص ٤٥٧ — عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٢٢٤ ص ٣٣٦ — سليمان مرقس فقرة ٤٩ ص ٧٩ — محمد على إمام فقرة ١٥٧ ص ٢٥٠ — منصور مصطفى منصور فقرة ٢٠ ص ٥٤ — سمير تناغو فقرة ٢٥ ص ٩٠ — وانظر فى أن الرهن يمتد فيشمل العقار كله : دى پاچ ٧ فقرة ٤٨٣ ص ٤٠٦ — أحمد سلامة فقرة ٥٠ ص ١٧٣ — وفى أن الرهن يمتد إلى كل العقار فيما إذا انصرفت نية المتعاقدين إلى أن الرهن ينعقد تحت شرط وقوع العقار كله فى نصيب الراهن : پلانيول وريپير وبولانچيه ٣ فقرة ٥٠٧ ص ١٩١ .

(٤) ويتركز الرهن فى هذا الجزء المفرز ، ويتم ذلك لا على أساس فكرة الحلول العينى —

ولكن قد ينتج عن القسمة أن يقع فى نصيب الشريك الراهن ، لا العقار المرهون ولا جزء منه ، وإنما يقع فى نصيبه عقاراً آخر كان هو أيضاً شائعاً ودخل فى القسمة فوقع فى نصيب الشريك الراهن . وفى هذا تقول الفقرة الثانية من المادة ١٠٣٩ مدنى ، كما رأينا ، ما يأتى : « وإذا رهن أحد الشركاء حصته الشائعة فى العقار . . . ثم وقع فى نصيبه عند القسمة أعيان غير التى رهنها ، انتقل الرهن بمرتبته إلى قدر من هذه الأعيان يعادل قيمة العقار الذى كان مرهوناً فى الأصل . ويبين هذا القدر بأمر على عريضة ، ويقوم الدائن المرتهن بإجراء قيد جديد يبين فيه القدر الذى انتقل إليه خلال تسعين يوماً من الوقت الذى يخطره فيه أى ذى شأن بتسجيل القسمة . ولا يضر انتقال الرهن على هذا الوجه برهن صدر من جميع الشركاء ، ولا بامتياز المتقاسمين » . وهذا هو الحلول العينى ، فقد وقع فى نصيب الشريك الراهن بالقسمة عقاراً آخر غير العقار الذى رهنه ، فحل هذا العقار الآخر محل العقار الأول المرهون ، وينتقل مرهوناً بدلا من العقار الأول ، ويتبع الدائن المرتهن إجراءات معينة فى قيد رهنه الجديد حتى يحتفظ بمرتبة الرهن الأول . ولولا الحلول العينى ، لقيل إن العقار الآخر الذى وقع فى نصيب الشريك الراهن لم يسبق رهنه من هذا الشريك ، وبذلك لا ينتقل الرهن إلى هذا العقار ، أما العقار الذى رهنه الشريك فيعتبر أن

= وإنما هو مقتضى القسمة : حسن كيرة فى الحقوق العينية الأصلية فقرة ١٢٣ ص ٣٤٣ هامش ٢ – إسماعيل غانم فى الحقوق العينية الأصلية فقرة ٨١ ص ١٨٣ – شمس الدين الوكيل فقرة ٤٥ ص ١١٢ هامش ١ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٩ ص ٥٣ – أحمد سلامة فقرة ٥٠ ص ١٧٣ – وانظر فى أن الرهن يتركز فى الجزء المفرز بموجب الحلول العينى فيحل الجزء المفرز فى الحصة الشائعة : منصور مصطفى منصور فى رسالته فى الحلول العينى فقرة ١٣٨ ، ولكن انظر ما يقوله بعد ذلك من أن الرأى السائد هو أن تركز الرهن فى الجزء المفرز لا يتم على أساس فكرة الحلول العينى وإنما هو مقتضى القسمة : كتابه فى التأمينات العينية فقرة ٢٠ ص ٥٣ وهامش ١ . وانظر فى تأييد رأى الأستاذ منصور مصطفى منصور فى الحلول العينى سمير تناغو فقرة ٢٥ ص ٨٩ وهامش ١ .

هذا لم يكن مالكاً له من مبدأ الأمر ويكون الرهن صادراً من غير مالك ، فيكون قابلا للإبطال ولا ينفذ فى حق المالك الذى وقع فى نصيبه العقار المرهون[1] .

والإجراءات التى يتبعها الدائن المرتهن فى قيد رهنه الجديد حتى يحتفظ بمرتبة الرهن الأول تبدأ بأن يأخذ هذا الدائن من القاضى أمراً على عريضة يخول للدائن إجراء قيد جديد ، ويعين فى هذا الأمر القدر الذى انتقل إليه الرهن بموجب الحلول العينى . فإذا وقع فى نصيب الشريك الراهن عقار آخر غير الذى رهنه يساوى فى القيمة ما رهنه من العقار الأول ، انتقل الرهن إلى كل هذا العقار الآخر ، ويبين ذلك فى الأمر على عريضة . أما إذا وقع فى نصيب الشريك الراهن عقار آخر يزيد فى القيمة عما رهنه من العقار الأول ، قدرت قيمة ما رهنه ، واقتطع من العقار الآخر جزء مفرز يساوى هذه القيمة ، ويستعان فى ذلك بخبير عند الحاجة ، ويبين ذلك فى الأمر على عريضة . ويجب على الدائن المرتهن الحصول على الأمر على عريضة وإجراء القيد الجديد خلال تسعين يوماً من الوقت الذى يخطره فيه أى ذى شأن بتسجيل القسمة التى تمت ، كالشريك الراهن أو الشريك الذى وقع فى نصيبه العقار المرهون . ولم يبين القانون كيف يكون هذا الإخطار ، فيصح أن يكون على يد محضر ، ويصح أن يكون بكتاب مسجل أو غير مسجل ، بل يصح أن يكون إخطاراً شفوياً على أن يثبته من قام به . فإذا قام الدائن المرتهن بهذه الإجراءات ، وأجرى القيد الجديد فى خلال التسعين يوماً المبين ذكرها ، احتفظ الرهن بمرتبته الأولى من وقت أن قيد أول مرة ، وهذا هو المقصود من هذه الإجراءات . أما إذا أجره الدائن المرتهن بعد الميعاد ، فإن الرهن الجديد تكون مرتبته من تاريخ القيد الجديد ، ويتقدم على هذا الدائن المرتهن دائن مرتهن آخر يكون الشريك الراهن قد

---

(١) أما فى التقنين المدنى السابق ، فيكون الرهن باطلا بطلانا مطلقا لأنه صادر من غير مالك (انظر سليمان مرقس فقرة ٤٨ ص ٧٦) .

رهن له ما وقع فى نصيبه من عقار وقيد الدائن المرتهن الآخر رهنه قبل قيد الرهن الأول[1] .

وإذا وقع فى نصيب الشريك الراهن ، لا العقار المرهون ولا عقار آخر يحل محله ، بل منقول ، فإن الدائن المرتهن يفقد حق رهنه على العقار المرهون لأنه وقع فى نصيب شريك لم يرهنه ، وكذلك لا ينتقل رهنه الرسمى إلى المنقول الذى وقع فى نصيب الشريك الراهن لأن المنقول لايصح أن يكون محلا للرهن الرسمى ، وعلى ذلك يفقد الدائن المرتهن حقه فى الرهن نتيجة للقسمة ، وهذا هو الرأى السائد[2] .

وإذا وقع فى نصيب الشريك الراهن مبلغ من النقود ، فإن الدائن المرتهن يحتفظ بحق التقدم فى استيفاء حقه من هذه النقود[3] .

هذا وإذا انتقل الرهن من العقار المرهون إلى عقار آخر وقع فى نصيب الشريك الراهن على النحو الذى أسلفناه ، فإن العبارة الأخيرة من المادة ٢/١٠٣٩ مدنى تقول : « ولا يضر انتقال الرهن على هذا الوجه برهن صدر من جميع الشركاء ، ولا بامتياز المتقاسمين » . فالدائن المرتهن من أحد الشركاء فى الشيوع الذى انتقل رهنه إلى عقار آخر يتأخر عن الدائن المرتهن من جميع الشركاء لهذا العقار الآخر ، حتى لو كانت مرتبة الدائن الأول

---

(١) سمير تناغو فقرة ٢٥ ص ٩١ .

(٢) إسماعيل غانم فى الحقوق العينية الأصلية فقرة ٨١ ص ١٨٤ – شمس الدين الوكيل فقرة ٤٥ ص ١١٢ هامش ٢ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٩ ص ٥٣ – سمير تناغو فقرة ٢٥ ص ٩٢ . وهناك رأى يذهب إلى أن الرهن ينتقل إلى المنقول ويصبح رهن حيازة : أحمد سلامة فقرة ٤٩ ص ١٧٠ وفقرة ٥٠ ص ١٧٤ – منصور مصطفى منصور فقرة ٢٠ ص ٥٥ .

(٣) انظر القانون البلجيكى فى ١٥ أغسطس سنة ١٩٥٨ (المادة ٢) . ويقول بيكيه إن هذا هو أفضل حل من الناحية التشريعية (بيكيه فقرة ٣٢٣ ص ٤٥٨) . وهناك رأى يذهب إلى أنه إذا كان الدين المضمون بالرهن لم يحل ، فإن للرهن الرسمى يؤول إلى صورة من صور رهن الدين (منصور مصطفى منصور فقرة ٢٠ ص ٥٥) .

متقدمة على مرتبة الدائن الأخير ، وذلك احتراماً لحق الرهن الصادر من جميع الشركاء(1) . وكذلك يكون للشركاء حق امتياز المتقاسم على العقار الذى انتقل إليه حق الرهن ، ضماناً لحقوقهم المترتبة على القسمة . وسنفصله عند الكلام فى حقوق الامتياز ، وحق امتياز المتقاسم هذا يتقدم هو أيضاً على الرهن الذى انتقل إلى العقار حتى لو كان حق الامتياز متأخراً فى المرتبة(2) .

١٤٧ – رهن أحد الشركاء لجزء مفرز من العقار الشائع : ولما كان الشريك فى الشيوع لا يملك ملكية خالصة أى جزء مفرز فى العقار الشائع ، فإنه إذا رهن جزءاً مفرزاً لم ينفذ هذا الرهن فى حق الشركاء الآخرين ، ولهؤلاء أن يتمسكوا بحقوقهم فى هذا الجزء المفرز باعتباره شائعاً بينهم جميعاً . أما الدائن المرتهن فإنه ، إذا كان لا يعلم أن الجزء المفرز الذى ارتهنه هو شائع بين الراهن له وسائر شركائه ، يستطيع أن يبطل عند الرهن للغلط . وإذا كان يعلم بشيوع الجزء المفرز ، فانه لا يستطيع إبطال الرهن للغلط . ويكون الرهن فيما بين الشريك الراهن والدائن المرتهن صحيحاً ، على اعتبار أن الدائن المرتهن قد رضى بانتظار نتيجة القسمة(3) .

فاذا اقتسم الشركاء العقار الشائع ، ووقع الجزء المفرز فى نصيب الشريك الراهن ، فإن الرهن يكون باتاً ، إذ يتبين أن الشريك كان يملك هذا الجزء المفرز من بداية الأمر وقد رهنه ، فيكون رهنه صحيحاً باتاً كما قدمنا(4).

---

(1) انظر آنفاً فقرة ١٤٥ .

(2) انظر سمير تناغو فقرة ٢٥ ص ٩١ .

(3) ولكن يجوز لسائر الشركاء قبل القسمة رفع دعوى الاستحقاق لتأكيد حقوقهم الشائعة فى هذا الجزء المفرز ، ويجوز لهم إقرار الرهن فيصبح الرهن صادراً من جميع الشركاء وينفذ فى حقهم جميعاً أيا كانت نتيجة القسمة (إسماعيل غانم فى الحقوق العينية الأصلية ١ ص ١٣٨ – حسن كيرة فى الحقوق العينية الأصلية ١ ص ١٣٨ – شمس الدين الوكيل فقرة ٤٥ ص ١١٣ – أنور سلطان فى البيع والمقايضة طبعة ثانية فقرة ٤١٦ .

(4) انظر شمس الدين الوكيل فقرة ٤٥ ص ١١٤ .

أما إذا لم يقع الجزء المفرز المرهون فى نصيب الشريك الراهن ، بل وقع فى نصيبه جزء مفرز آخر من نفس العقار أو من عقار آخر ، انتقل الرهن إلى هذا الجزء المفرز الآخر . ووجب على الدائن المرتهن ، إذا أراد الاحتفاظ بمرتبة رهنه ، أن يقوم بنفس الإجراءات التى بسطناها فى الفقرة السابقة . ذلك أنه ورد فى الفقرة الثانية من المادة ١٠٣٩ مدنى ، فيما رأينا ، أنه إذا رهن أحد الشركاء جزءاً مفرزاً ثم وقع فى نصيبه أعيان غير التى رهنها ، انتقل الرهن بمرتبته إلى قدر من هذه الأعيان يعادل قيمة الجزء المفرز الذى رهنه ، ويعين هذا القدر بأمر على عريضة ، ويقوم الدائن المرتهن بإجراء قيد جديد خلال تسعين يوماً من الوقت الذى يخطره فيه أى ذى شأن بتسجيل القسمة . وقد ورد نص آخر يقرر انتقال حق الرهن إلى الجزء المفرز الذى وقع فى نصيب الشريك الراهن ، فنصت المادة ٢/٨٢٦ مدنى على أنه « إذا كان تصرف الشريك فى الشيوع ، ويدخل فى التصرف الرهن ، منصباً على جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع هذا الجز عند القسمة فى نصيب المتصرف ، انتقل حق المتصرف إله من وقت التصرف إلى الجزء الذى آل إلى المتصرف بطريق القسمة . وللمتصرف إليه ، إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة ، الحق فى إبطال التصرف » . ومتى قام الدائن المرتهن بالإجراءات التى سبق ذكرها فى المواعيد المقررة ، فإنه يحتفظ بمرتبة رهنه كما كانت ، بالرغم من أنه قد مضت مدة قبل القيد الجديد قد تصل إلى التسعين يوماً كما سبق القول . أما إذا لم يقم بالإجراءات فى المواعيد المقررة ، ولكنه مع ذلك قيد الرهن الذى انتقل قيداً جديداً ، فإن مرتبة هذا الرهن تكون من يوم إجراء القيد الجديد .

وإذا وقع فى نصيب الشريك الراهن منقول بدلا من العقار ، فقد الدائن المرتهن حقه فى الرهن كما فى الفرض السابق . وكما فى الفرض السابق

أيضاً ، يحتفظ الدائن المرتهن بحقه فى التقدم ، إذا وقع فى نصيب الشريك الراهن مبلغ من النقود[١] .

وإذا انتقل الرهن من الجزء المفرز المرهون إلى جزء مفرز آخر ، لم يضر انتقال الرهن على هذا الوجه برهن صدر من جميع الشركاء ولا بامتياز المتقاسمين . وقد سبق شرح ذلك ، عند الكلام فى رهن أحد الشركاء لحصته الشائعة[٢] .

١٤٨ — رهن أحد الشركاء لجميع العقار الشائع : ولما كان العقار الشائع مملوكاً لعدد من الشركاء ، فإن ملكيته لا تخلص لواحد منهم فقط . فإذا رهن أحد الشركاء جميع العقار الشائع[٣] ، أمكن للدائن المرتهن إبطال عقد الرهن للغلط إذا كان يعتقد أن الشريك الراهن يملك كل العقار الشائع ملكية مفرزة خالصة . أما إذا كان الدائن المرتهن يعرف الحقيقة ، ويعلم أن الشريك الراهن لا يملك العقار إلا فى الشيوع ، فإن الرهن يكون صحيحاً ، لأن الدائن المرتهن لا يستطيع إبطاله للغلط . ولكن هذا الرهن لا ينفذ فى حق سائر الشركاء الشائعين ، ويجب انتظار نتيجة القسمة .

فإذا حصلت القسمة ، ووقع كل العقار فى نصيب الشريك الراهن ، إلى نتيجة القسمة أو للبيع لعدم إمكان القسمة عيناً ، أصبح الرهن باتاً ، وصار نافذاً فى حق الشريك الراهن بعد أن أصبح هذا مالكاً لكل العقار المرهون[٤] .

وإذا أمكنت قسمة العقار أجزاء مفرزة ، ووقع فى نصيب الشريك الراهن جزء مفرز من هذا العقار الشائع ، فإن الدائن المرتهن ، وكان على

---

(١) شمس الدين الوكيل فقرة ٤٥ ص ١١٦ — ص ١١٧ .

(٢) انظر آنفا فقرة ١٤٦ . وانظر شمس الدين الوكيل فقرة ٤٥ ص ١١٥ — ص ١١٦ .

(٣) لم يرد هذا الفرض فى المادة ١٠٣٩ مدنى ، فوجب إذن تطبيق القواعد العامة .

(٤) شمس الدين الوكيل فقرة ٤٥ ص ١١٠ .

بينة من هذا الأمر ، يتركز حق رهنه فى الجزء المفرز الذى وقع فى نصيب الشريك الراهن[1] . وذلك ما لم يكن هناك اتفاق ، صريح أو ضمنى ، بين الشريك الراهن والدائن المرتهن على شىء آخر . فقد يتفقان على أنه إذا لم يقع كل العقار الشائع فى نصيب الشريك الراهن ، جاز للدائن المرتهن إبطال الرهن . وقد يتفقان على أن الرهن يبقى على الجزء المفرز الذى وقع فى نصيب الشريك الراهن ، ولكن على هذا الشريك أن يستكمل الرهن بأى ضمان آخر ، رهن رسمى أو رهن حيازة أو كفالة .

وإذا لم يقع فى نصيب الشريك الراهن شىء من العقار المرهون ، ووقع بدلا منه منقول ، فقد الدائن المرتهن حق رهنه ، لأن العقار المرهون لم يقع فى نصيب الشريك الراهن ، ولأن المنقول الذى وقع فى نصيب هذا الشريك لا يصلح أن يكون محلا للرهن الرسمى[2] .

وإذا وقع فى نصيب الشريك الراهن ، لا العقار المرهون ولا شىء منه ولا منقول ، ولكن وقع فى نصيبه مبلغ من النقود ، كان للدائن المرتهن

---

(١) شمس الدين الوكيل فقرة ٤٥ ص ١١٠ – منصور مصطفى منصور فقرة ٢٠ ص ٥٨ – سمير تناغو فقرة ٢٥ ص ٩٢ – حسن كيرة فى الحقوق العينية الأصلية ١ فقرة ١٢١ – إسماعيل غانم فى الحقوق العينية الأصلية ١ فقرة ٦٩ – وهناك رأى يذهب إلى أن الرهن ، فيما يتعلق بما لم يقع فى نصيب الشريك الراهن من العقار المرهون ، يكون قابلا للإبطال على أساس صدوره من غير مالك (شفيق شحاتة فى الحق العينى فقرة ١٤٣ وفى التأمينات العينية فقرة ١٠٩ – أنور سلطان فى البيع والمقايضة طبعة ثانية فقرة ٤١٥ – محمد على عرفة فى الملكية فقرة ٣٠٢ – عبد المنعم البدراوى فى الحقوق العينية الأصلية فقرة ١٣٥) .

(٢) أما إذا وقع فى نصيب الشريك الراهن عقار آخر غير العقار الذى رهنه ، انتقل الرهن بحكم الحلول العينى إلى قدر من هذا العقار يساوى ما كان الشريك الراهن يملكه فى العقار المرهون . ويبدو أن الدائن المرتهن يجب عليه إجراء قيد جديد ، فيلجأ إلى الإجراءات التى سبق ذكرها فى هذا الصدد ، وفى المواعيد المقررة . ولم يرد نص صريح فى ذلك ، ولكن يمكن قياس هذه الحالة على الحالات الأخرى التى ورد فيها نص صريح (انظر منصور مصطفى منصور فقرة ٢٠ ص ٥٨ – سليمان مرقس فقرة ٤٩ ص ٨٢) .

حق التقدم على هذا المبلغ بما له من حق الرهن الرسمى ، وقد سبق أن بينا هـــذا الحكم[1] .

§ ٢ – أهلية الراهن للتصرف فى العقار المرهون وأهلية الدائن المرتهن

١٤٩ – وجوب توافر أهلية الراهن للتصرف فى العقار المرهون : ولا يكفى أن يكون الراهن مالكاً للعقار المرهون ، بل يجب أن يكون أيضاً أهلا للتصرف فيه . وقد رأينا[2] أن الفقرة الثانية من المادة ١٠٣٢ مدنى تنص على أنه « يجب أن يكون الراهن مالكا للعقار المرهون ، وأهلا للتصرف فيه » . ذلك أن الرهن الرسمى عمل من أعمال التصرف ، فيجب على من يقدم عليه أن يكون متوافراً على الأهلية اللازمة له ، أى أن يكون أهلا للتصرف فى العقار المرهون .

أما بالنسبة إلى أهلية الدائن المرتهن . فليست أهلية هذا الأخير كأهلية الراهن . لأن الرهن نافع للدائن المرتهن نفعاً محضاً . فيكفى فى الدائن المرتهن أن يكون ذا تمييز صحيح ، ولا يشترط فيه أهلية التصرف .

والولاية غير الأهلية . فقد لا يباشر الراهن العقد بنفسه بل بنائب عنه ، وكيل أو ولى أو وصى أو قيم . وكذلك قد يباشر الدائن المرتهن العقد عن طريق نائب عنه . ويكون هذا ولاية لا أهلية .

وهناك راهن لا يكون هو المدين ، بل يكون كفيلا عينياً يجمع بين الرهن والكفالة . ويشترط فى الكفيل العينى ، كما يشترط فى المدين الراهن ، أن يكون أهلا للتصرف فى العقار المرهون .

وإذن نبحث المسائل الآتية : (١) أهلية المدين الراهن . (٢) أهلية

---

(١) انظر فى هذا المعنى سمير تناغو فقرة ٢٥ ص ٩٢ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ١٣٣ .

الدائن المرتهن . (٣) الولاية فيما يتعلق بالمدين الراهن . (٤) الولاية فيما يتعلق بالدائن المرتهن . (٥) الأهلية والولاية فيما يتعلق بالكفيل العينى .

١٥٠ — أهلية المدين الراهن : بالنسبة إلى المدين الراهن يعتبر الرهن عملا من أعمال التصرف دائراً بين النفع والضرر ، إذ أن المدين الراهن لا يتبرع برهن عقاره ، بل هو يبغى من وراء رهنه الحصول على قرض أو مد أجل الدين أو بوجه عام ضمان التزامه[1] . وعلى ذلك يجب أن يتوافر فى المدين الراهن ، لا أهلية الإدارة فحسب ، ولا أهلية التبرع ، بل أهلية التصرف كما سبق القول . فيجب إذن أن يكون بالغاً سن الرشد غير محجور عليه لسفه أو غفلة . فإذا لم يبلغ سن الرشد أو كان محجوراً عليه ، جاز لوليه أو لوصيه أو للقيم عليه عقد الرهن الرسمى ، بعد أخذ إذن المحكمة فيما يتعلق بالوصى والقيم وفيما يتعلق بالجد إذا كان ولياً .

وإذا عقد المدين الراهن الرهن الرسمى بنفسه ، فإن كان فاقد التمييز بأن كان صبياً غير مميز أو مجنوناً أو معتوهاً لا تمييز له ، كان عقده باطلا بطلاناً مطلقاً . أما إذا كان مميزاً ، بأن كان صبياً توافر عنده التمييز أو كان محجوراً عليه لسفه أو غفلة ، فإن العقد يكون قابلا للإبطال[2] ، ولا يكون

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ١٨٧ — شفيق شحاتة فقرة ٧٣ — شمس الدين الوكيل فقرة ٣٨ ص ٨٣ — سليمان مرقس فقرة ١٩ ص ٢٤ — منصور مصطفى منصور فقرة ٨ ص ٢١ — سمير تناغو فقرة ٢٠ ص ٦٢ — والعلة فى ذلك أن الرهن الرسمى دائر بين النفع والضرر ، لا أنه قد يؤدى إلى بيع العقار المرهون ، فإن أى دين ولو كان ديناً عادياً قد يؤدى إلى بيع عقارات المدين (انظر پلانيول وريبير وبيكيه ١٢ فقرة ٤٠١ ص ٤٣٥) .

(٢) ولا يكون صحيحاً حتى لو بلغ القاصر وقت الرهن الثامنة عشرة وأذن له فى تسلم أمواله وإدارتها ، لأن هذا إنما يعطى القاصر أهلية الإدارة لا أهلية التصرف ، والرهن من أعمال التصرف .

ويرى بعض الفقهاء أن المأذون له فى تسلم الأموال وإدارتها له رهن العقار إذا كان الرهن مما تقتضيه أعمال الإدارة ، وذلك كالرهن ضمانة للوفاء بالالتزامات الناتجة عن إدارة الأموال (شفيق شحاتة فقرة ٧٧ ص ٧٤ — عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ١٨٧ ص ٢٩٥ هامش ٣) .=

باطلا لأن الرهن من أعمال التصرف لا من أعمال التبرع كما أسلفنا . وفى هذه الحالة يجوز للأب أن يقر الرهن فينقلب صحيحاً إذا كان العقار المرهون لا تزيد قيمته على ثلثمائة جنيه وإلا فلا بد من إذن المحكمة[1] ، ويجوز للجد أو للوصى أو للقيم أن يحصل على إذن المحكمة لإقرار الرهن . فإن لم يحصل ذلك وبقى الرهن قابلا للإبطال ، جاز للولى أو الوصى أو القيم إبطال الرهن ، وجاز أيضاً للمدين الراهن عند بلوغه سن الرشد أن يبطل الرهن أو أن يقره حسبما يرى[2] . ويجوز لدائنى المدين الراهن ، إذا لم يكن المدين الراهن قد أقر الرهن ، أن يتمسكوا بطريق الدعوى غير المباشرة بحق مدينهم ويطالبوا بإبطال الرهن[3] .

وإذا باع القاصر عقاره المرهون بيعاً صحيحاً ، بأن باعه بعد بلوغه سن الرشد ، أو باعه قبل ذلك عن طريق النائب عنه وبإذن المحكمة ، ثم أجاز الرهن بعد ذلك ، فإن هذه الإجازة لا تسرى فى حق المشترى لأن الملكية

=ولكن الواضح أن الإذن للصبى فى مباشرة أعمال التصرف إنما قصد به التصرفات الملحقة بأعمال الإدارة كشراء الأسمدة والبذور وبيع المحصول أو رهنه (محمد كامل مرسى فقرة ٢٧ ص ٤٥ وفقرة ٢٩٣ ص ٢٨١ – أحمد سلامة فقرة ٢١ ص ٧٤ – منصور مصطفى منصور فقرة ٨ ص ٢٢) .

(١) على أن الأب لا يلزم بتقديم حساب للمحكمة عن مال آل القاصر بطريق التبرع من الأب ، صريحا كان التبرع أو مستترا (م ٣ من قانون الولاية على المال) .

(٢) وإذا أقر الرهن من يملك إقراره وانقلب صحيحا بالإقرار ، فهل يضر هذا الإقرار بدائن متأخر رهنه فيتقدم عليه الدائن المرتهن الذى أقر رهنه ؟ يرى الأستاذان بودرى ودى لوان أن الدائن المرتهن المتأخر لا يضره الإقرار ، ويستطيع أن يطالب بعدم نفاذ الرهن الأول فى حقه فيتقدم على الدائن المرتهن الأول (بودرى ودى لوان ٢ فقرة ١٣٣٣ وفقرة ١٣٣٥ – ١٣٣٧ – وانظر أيضاً فى هذا المعنى ديمولومب فى العقود ٦ فقرة ٧٩٧ وما بعدها – جيوار ٢ فقرة ٩٧٩) . وانظر أيضاً سليمان مرقس فقرة ١٩ ص ٢٥ هامش ٢ حيث يرى أن الرأى الأول محل للنظر .

(٣) جوسران ٢ فقرة ١٦٩٣ .

تكون قد انتقلت إليه بالبيع ، فتكون إجازة المدين الراهن صادرة من غير مالك[١] .

ويسقط حق إبطال الرهن الرسمي بالتقادم بمضي ثلاث سنوات من اليوم الذي يزول فيه نقص الأهلية (م ١٤٠ مدني) فيصبح الرهن صحيحاً بأثر رجعي منذ نشوئه ، ويحتج به على كل من كسب حقاً عينياً على العقار المرهون كدائن مرتهن آخر كسب حقه بعد نفاذ الرهن الأول ولو كان ذلك قبل تمام التقادم[٢] .

وقد يكون مالك العقار المرهون أهلا للتصرف ، ولكنه ممنوع من التصرف في العقار منعاً اتفاقياً (م ٨٢٣ – ٨٢٤ مدني) . فإذا تصرف الممنوع من التصرف ، كان تصرفه باطلا (م ٨٢٤ مدني) . وعلى ذلك إذا تلقى شخص ملكية عقار بعقد أو وصية ، ومنع من التصرف لمصلحة المتصرف ، ومع ذلك رهن العقار رهناً رسمياً ، كان هذا الرهن باطلا ، وجاز للمتصرف أن يتمسك ببطلان الرهن[٣] .

كذلك يمنع المفلس من التصرف ، وقد قضت المادة ٢٢٧ والمادة ٢٣٦ من التقنين التجاري على أن يعتبر غير نافذ في حق مجموعة الدائنين ما يصدر من المدين المفلس ، ابتداء من التاريخ الذي تحدده المحكمة باعتباره تاريخ التوقف عن الوفاء أو في عشرة الأيام السابقة على هذا التاريخ ، من تصرفات ناقلة للملكية دون مقابل ومن وفاء ومن رهن تقرر ضماناً لديون سابقة .

---

(١) بودري ودي لوان فقرة ١٣٣٧ ص ٤٥٤ – سليمان مرقس فقرة ١٩ ص ٢٦ – ص ٢٧ – أما إذا رهن القاصر عقاره ، ورهنه مرة ثانية بعد أن بلغ سن الرشد ، ثم أجاز الرهن الأول ، فإن هذه الإجازة تجعل الرهن الأول صحيحا منذ البداية ، ويتقدم الدائن المرتهن الأول على الدائن المرتهن الثاني (سليمان مرقس فقرة ١٨ ص ٢٦ وهامش ٢) .

(٢) بودري ودي لوان فقرة ١٣٣٤ – سليمان مرقس فقرة ١٩ ص ٢٦ .

(٣) قارن في هذه المسألة سليمان مرقس فقرة ٢٠ – شمس الدين الوكيل فقرة ٣٨ ص ٨٣ هامش ١ .

فإذا رهن المفلس ، فى المدة سالفة الذكر عقاراً له رهنا رسمياً ، لم يكن رهناً باطلا ، ولكنه لا ينفذ فى حق مجموعة الدائنين . فإذا استوفى هؤلاء حقوقهم أو وقع صلح عليها ، فإن رهن الدائن المرتهن ينفذ فى حق من يستجد من الدائنين[1] . وكالمفلس من شهر إعساره ، وقد نصت المادة ٢٥٧ مدنى على أنه « متى سجلت صحيفة دعوى الإعسار ، فلا يسرى فى حق الدائنين أى تصرف للمدين يكون من شأنه أن ينقص من حقوقه أو يزيد فى التزاماته ، كما لا يسرى فى حقهم أى وفاء يقوم به المدين » . وهذا النص يفهم منه أن من شهر إعساره ممنوع من أى تصرف ينقص من حقوقه أو يزيد فى التزاماته ، فيدخل فى ذلك الرهن الرسمى . فإذا سجلت صحيفة دعوى الإعسار ، ولجأ المدين الذى شهر إعساره بعد تسجيل صحيفة الدعوى إلى رهن عقار له ، لم يسر هذا الرهن فى حق الدائنين السابقين على شهر الإعسار . ولكن ذلك ذلك لا يمنع من نفاذ الرهن فى حق الدائنين الذين يستجدون بعد انتهاء حالة الإعسار[2] .

١٥١ — أهلية الدائن المرتهن : والدائن المرتهن لا يلتزم ، فإن الرهن الرسمى يكون عادة ملزماً لجانب واحد هو جانب الراهن . لذلك يكون الرهن الرسمى ، بالنسبة إلى الدائن المرتهن ، نافعاً نفعاً محضاً . فلا تلزم فى الدائن المرتهن أهلية التصرف ، كما تلزم هذه الأهلية فى المدين الراهن بصريح نص الفقرة الثانية من المادة ١٠٣٢ مدنى . فيجوز أن يكون الدائن المرتهن بالغاً سن الرشد غير محجور عليه ، كما يجوز أن يكون قاصراً ما دام متوافراً على التمييز حتى يستطيع التعاقد ، ويجوز أن يكون محجوراً عليه لسفه أو غفلة لأنه يكون فى هذه الحالة متوافراً على التمييز . فأهلية التصرف غير لازمة فى الدائن المرتهن ، وتكفى أهلية التعاقد[3] .

---

(١) انظر بودرى ودى لوان ٢ فقرة ١٣٤٢ وما بعدها — سليمان مرقس فقرة ٢١ .

(٢) انظر سليمان مرقس فقرة ٢١ .

(٣) محمد كامل مرسى فقرة ٢٧ — عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ١٨٧ — سليمان مرقس =

وهناك رأى يذهب إلى أن الرهن الرسمى ، بالنسبة إلى الدائن المرتهن ، يعتـــبر من أعمال التصرف ، لأنه يتضمن استيفاء الدين كرهن الحيازة . لذلك يجب فى الدائن المرتهن أن يكون أهلا للتصرف ، فلا يجوز أن يكون قاصراً أو محجوراً عليه لسفه أو غفلة ، بل يجب أن يكون بالغاً سن الرشد غير محجور عليه . وهكذا قرر فقهاء الشريعة الإسلامية فى رهن الحيازة ، والرهن الرسمى كرهن الحيازة من حيث الأهلية[1] . ويزيد أحد أنصار هذا الرأى أنه قد يقبل القاصر أو المحجور عليه لسفه أو غفلة رهناً رسمياً لا يفى بضمان الدين إذا كان الدين قد وجد صحيحاً قبل الرهن واستقل القاصر أو المحجور عليه بعقد الرهن الرسمى ، فيجب أن يكون الرهن الرسمى فى هذه الحالة قابلا للإبطال[2] .

والظاهر أن الرأى الأول ، وهو الرأى السائد ، هو الرأى الصحيح . ذلك أن الرهن الرسمى لا يتضمن استيفاء الدين وإنما هو عقد استيثاق للدين يضمن الوفاء به ، فليس هو إذن من أعمال التصرف بالنسبة إلى الدائن المرتهن . ولم تعرف الشريعة الإسلامية الرهن الرسمى كما عرفت رهن الحيازة ، لذلك لا نلتجئ إلى الشريعة الإسلامية فى هذه المسألة . وإذا قبل الدائن الرهن الرسمى الذى لا يفى بضمان الدين ، فذلك لا يرجع إلى عقد الرهن فى ذاته ، وإنما يرجع إلى شرط تقديم الراهن عقاراً يفى بضمان الدين . فإذا كان هذا الشرط صحيحاً أو مفهوماً ضمناً وجب الوفاء به ، فإذا قدم الراهن عقاراً لا يفى بضمان الدين اختل الشرط ووجبت تكملة الرهن أو فسخ العقد . ولكن ذلك لا يرجع إلى الرهن الرسمى فى ذاته ، بل هو

= فقرة ٢٣ – محمد على إمام فقرة ١٤٣ – جمال الدين زكى ص ١٦٧ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٥ – أحمد سلامة فقرة ٢٣ – منصور مصطفى منصور فقرة ٧ ص ٢٠ – ٢١ .

(١) انظر فى هذا المعنى شفيق شحاتة فقرة ٧٨ ص ٧٥ – والظاهر أن رهن الحيازة يتضمن حقاً استيفاء الدين ، إذ يحسب إيراد العين ضمن الفوائد ورأس المال ، ولا هكذا الرهن الرسمى .

(٢) انظر فى هذا المعنى سمير تناغو فقرة ٢٠ ص ٦٣ .

لا يزال نافعاً نفعاً محضاً للدائن المرتهن ، فلا تلزم فى هذا الدائن إلا أهلية التعاقد ، وليس من الضرورى أن تتوافر فيه أهلية التصرف . وإذا كنا قد اشترطنا الرسمية فى رضاء الدائن المرتهن[1] ، فلا يرجع ذلك إلى أن الرهن الرسمى يعتبر من عقود التصرف بالنسبة إلى هذا الدائن . وإنما هو عقد ككل العقود يجب فيه رضاء المتعاقدين ، فيجب إذن رضاء الدائن المرتهن . وقد اشترط القانون الرسمية فى عقد الرهن الرسمى لاعتبارات نظر إليها ، وقد وجدنا هذه الاعتبارات متوافرة فى الدائن المرتهن كتوافرها فى الراهن ، فقلنا إنه لا بد أن يكون رضاء كل من الراهن والدائن المرتهن رضاء رسمياً[2] . ولكن ذلك لا يمنع من أن يكون الرهن نافعاً نفعاً محضاً للدائن المرتهن ، فوجب ، مع القول بأن رضاءه يجب أن يكون رسمياً ، ألا تتوافر فيه إلا أهلية التعاقد .

١٥٢ — الولاية فيما يتعلق بالمدين الراهن : المقصود هنا ألا يباشر المدين الراهن الرهن الرسمى بنفسه ، بل يلى ذلك غيره تكون له الولاية فى ذلك . والمدين الراهن إما أن يكون بالغاً سن الرشد غير محجور عليه ، وعندئذ قد يلى رهن عقاره وكيل يفوض له ذلك . وإما أن يكون المدين الراهن قاصراً أو محجوراً عليه ، وعندئذ يلى رهن عقاره وليه أو وصيه أو القيم عليه إذ يكون لهؤلاء الولاية فى رهن عقاره .

فإذا كان من له الولاية هو وكيل يفوض له المدين الراهن رهن عقاره ، فالرهن هنا يعتبر من أعمال التصرف لا من أعمال الإدارة ، ومن ثم يجب أن يصدر من المدين الراهن توكيل خاص ، ولا يكفى التوكيل العام . وفى هذا تنص المادة ١/٧٠٢ و ٢ مدنى على أنه « ١ — لا بد من وكالة خاصة فى كل عمل ليس من أعمال الإدارة ، وبوجه خاص فى البيع والرهن

(١) انظر آنفاً فقرة ١٢٥ .
(٢) انظر آنفاً فقرة ١٢٤ — ١٢٥ .

والتبرعات والصلح والإقرار والتحكيم وتوجيه اليمين والمرافعة أمام القضاء .
٢ ـ والوكالة الخاصة فى نوع معين من الأعمال القانونية يصح ولو لم يعين محل هذا العمل على وجه التخصيص ، إلا إذا كان العمل من التبرعات » .
وقد قضت محكمة النقض تطبيقاً لذلك بأن مجرد التوكيل بالرهن كاف لرهن مال الموكل لدين عليه هو ، باعتبار أن الرهن ليس من أعمال التبرعات [1] .
فإذا وكل شخص شخصاً آخر فى رهن عقاراته دون أن يحدد عقاراً على وجه التخصيص ، جاز للوكيل أن يرهن رهناً رسمياً أى عقار للموكل . غير أن هناك رأياً يذهب إلى أن المادة ٧٠٠ مدنى تشترط فى الوكالة توافر الشكل الواجب فى التصرف محل التوكيل ، وشكل الرهن الرسمى فى نظر هؤلاء الفقهاء ليس هو فحسب رسمية العقد ، بل أيضاً اشتمال الورقة على البيانات التى يتخصص بها الرهن (م ١٠٣٥/٢ مدنى) . فوجب القول فى نظر هؤلاء بأن التوكيل بالرهن يشترط فيه ، من ناحية الشكل ، إلى جانب حصوله بورقة رسمية ، أن يخصص فيه محل الرهن . وعلى ذلك يجب فى التوكيل بالرهن بيان العقار المراد رهنه ، وأن يكون معيناً بالذات تعييناً دقيقاً من حيث طبيعته وموقعه ، ويجب أيضاً أن يبين الدين الذى يراد تقرير الرهن ضماناً للوفاء به [2] . ولا نميل للاعتقاد بأن تخصيص الرهن من حيث العقار المرهون والدين المضمون يعتبر متعلقاً بشكل الرهن ، ولذلك نمشى مع محكمة النقض فى أنه يكفى للتوكيل بالرهن مجرد ذكر الرهن حتى تكون الوكالة خاصة . أما ما جرى عليه العمل ، فإن التوكيل بالرهن يذكر عادة الرهن والعقار المرهون والدين المضمون وغير ذلك من التفصيلات زيادة فى الإيضاح .

وإذا كان الذى له الولاية هو الولى أو الوصى أو القيم ، فإن كان

---

(١) نقض مدنى أول أبريل سنة ١٩٣٧ ! اماة ١٧ رقم ٥٨١ ص ١١٤٧ .

(٢) محمد كامل مرسى فقرة ٣٠ ـ عبد الفتاح عبد الباقى ص ٣٠٥ هامش ١ ـ شفيق شحاتة ص ٥٣ هامش ٣ ـ سليمان مرقس فقرة ٢٤ .

الأب هو الولى ، كان له أن يرهن عقار القاصر دون إذن المحكمة إذا لم تزد قيمة العقار على ٣٠٠ جنيه ، وإلا فلا بد من إذن المحكمة . ويجوز للأب ، إذا كان العقار المراد رهنه قد آل إلى الصغير عن طريق التبرع من الأب ، أن يرهن هذا العقار دون إذن المحكمة أياً كانت قيمته ، لأنه لا يقدم إلى المحكمة حساباً عنه . وإذا كان الذى له الولاية هو الجد أو الوصى أو القيم ، لم يجز لأى منهم رهن عقار القاصر ، أياً كانت قيمته ، إلا بإذن المحكمة[1].

١٥٣ — الولاية فيما يتعلق بالدائن المرتهن : أما فيما يتعلق بالدائن المرتهن ، فقد قدمنا[2] أنه يكفى فيه لرهن عقاره أهلية التعاقد ، ولا تلزم أهلية التصرف . وعلى ذلك يستطيع الدائن المرتهن ، إذا أراد أن يوكل شخصاً آخر فى ارتهان عقار الغير ، أن يصدر له توكيلا عاماً ، لأن الرهن الرسمى بالنسبة إلى الدائن المرتهن ليس من أعمال التصرف حتى يستلزم توكيلا خاصاً[3] .

أما إذا كان الدائن المرتهن قاصراً مميزاً أو محجوراً عليه لسفه أو لغفلة ، فإنه يجوز له كما قدمنا أن يرتهن عقار الغير ، فيجوز له أن يصدر توكيلا عاماً للغير بالارتهان . ويجوز لكل من الولى أو الوصى أو القيم أن يرتهن عقار الغير نيابة عن القاصر أو المحجور عليه ، دون حاجة إلى إذن المحكمة ، وتكون له الولاية فى ذلك[4].

١٥٤ — الأهلية والولاية فيما يتعلق بالكفيل العينى : فيما قدمنا فرضنا أن الذى رهن عقاره هو نفس المدين ، كما هو الغالب . ولكن قد يقع أن

---

(١) سليمان مرقس فقرة ٢٤ ص ٣٤ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ١٥١ .

(٣) انظر عكس ذلك وأنه يلزم توكيل خاص بالارتهان لأن الرهن حتى بالنسبة إلى الدائن المرتهن ، فى نظر هذا الرأى ، يعتبر من أعمال التصرف : شفيق شحاتة فقرة ٨٩ .

(٤) سليمان مرقس فقرة ٢٥ .

شخصاً غير المدين يرهن عقاره ضماناً للوفاء بدين على الغير ، وهذا هو الكفيل العينى . ويجب فى الكفيل العينى ، كما يجب فى المدين الراهن ، أن يكون مالكاً للعقار المرهون وأن يكون أهلا للتصرف فيه . ولكن التصرف هنا لا يكون عادة بمقابل ، على عكس ما تكون الحال بالنسبة إلى المدين الراهن . فالمدين الراهن يرهن عقاره ضماناً للوفاء بدين فى ذمته ، فيكون الرهن فى هذه الحالة من أعمال التصرف ، وهو يدور بين النفع والضرر . أما الكفيل العينى فإنه عادة لا ينتفع شخصياً بالرهن الذى يقـدمه ضماناً للوفاء بدين فى ذمة غيره ، بل هو ينفع المدين برهنه هذا . لذلك يعتبر الرهن الذى يقدمه الكفيل العينى فى العادة من أعمال التبرع ، لا مجرد عمل من أعمال التصرف .

ولذلك يجب أن يتوافر فى الكفيل العينى أهلية التبرع ، لا أهلية التصرف فحسب . ومن ثم يجب أن يكون بالغاً سن الرشد غير محجور عليه ، وعند ذلك يستطيع أن يرهن عقاره ضماناً للوفاء بالتزام فى ذمة غيره . فإذا كان قاصراً ، مميزاً أو غير مميز ، أو كان محجوراً عليه ولو لسفه أو غفلة ، ورهن عقاره ككفيل عينى ، كان الرهن باطلا لا قابلا للإبطال ، لأن الكفيل العينى يقوم بعمل من أعمال التبرع وهو لا يملكه . كذلك لا يجوز ، وهو قاصر أو محجور عليه ، أن يرهن وليه (ولو كان الأب) أو وصيه أو القيم عليه عقاره ضماناً للوفاء بالتزام فى ذمة غيره . وإن فعل كان الرهن باطلا بطلاناً مطلقاً لا قابلا للإبطال ، ولو كان ذلك بإذن المحكمة ، لأن النائب لا يستطيع التبرع بمال محجوره ولو بإذن المحكمة . ويجوز أن يتمسك بالبطلان المطلق كل ذى مصلحة ، فيتمسك به نفس الكفيل العينى بعد بلوغه سن الرشد والدائن المرتهن (ويطلب حلول أجل الدين لبطلان الرهن) والولى والوصى والقيم ودائنو الكفيل العينى ومن اشترى العقار المرهون أو ارتهنه مرة ثانية وكان الشراء أو الرهن الثانى صحيحاً .

وإذا لم يباشر الكفيل العينى الرهن الرسمى بنفسه ، بل باشره غيره ،

وجب أن يكون هذا الغير وكيلا عن الكفيل العيني . ويجب أن تكون الوكالة خاصة لعمل من أعمال التبرع ، فلا تكفي الوكالة العامة للإدارة ولا الوكالة الخاصة لعمل من أعمال التصرف . ولذلك يجب أن يكون الكفيل بالغاً سن الرشد غير محجور عليه ، حتى يستطيع أن يصدر هذه الوكالة . ويجب أن يكون التوكيل بالرهن الرسمي الصادر من الكفيل العيني مذكوراً فيه العقار المراد رهنه والدين الذي يرهن العقار ضماناً للوفاء به ، وإلا كان التوكيل باطلا لأن الوكيل يقوم بعمل من أعمال التبرع .

إما إذا كان الكفيل العيني قاصراً ولو مميزاً ، أو محجوراً عليه ولو لسفه أو غفلة ، لم يستطع أحد أن يرهن عقاره ضماناً للوفاء بالتزام في ذمة غيره . وقد قدمنا أن الولي أو الوصي أو القيم لا يستطيع ذلك ولو بإذن المحكمة ، وإن فعل كان الرهن باطلا بطلاناً مطلقاً لأنه عمل من أعمال التبرع[1] .

المطلب الثاني
تخصيص الرهن من حيث العقار المرهون
ومن حيث الالتزام المضمون

١٥٥ – كيف نشأ مبدأ تخصيص الرهن : لم يكن مبدأ تخصيص الرهن معروفاً في القانون الروماني ، فكان يجوز في هذا القانون أن يرهن الشخص رهناً رسمياً جميع عقاراته الحاضرة والمستقبلة ، ولم يكن يستثنى من عقارات المدين إلا ما تستثنيه الإرادة الضمنية أو ما ينزل عنه الدائن .

وكان هذا المبدأ مجهولا أيضاً في القانون الفرنسي القديم ، وكان الرهن الرسمي العام لجميع العقارات هو الرهن المعتاد في هذه العصور .

---

(١) انظر في كل ذلك شمس الدين الوكيل فقرة ٣٨ ص ٨٤ هامش ١ – عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٨٧ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٥ – منصور مصطفى منصور فقرة ٨ ص ٢٢ – ص ٢٣ – سمير تناغو فقرة ٢٠ ص ٦٢ .

وفى عهد الثورة الفرنسية أباح قانون مسيدور (messidor) للسنة الثالثة للثورة رهن جميع العقارات دون مراعاة لمبدأ التخصيص ، ولكنه أوجب فى قيد الرهن أن يخصص العقار المرهون ، وقرر فى المادة ١٩ منه أن الرهن الرسمى لا يكون مكسوباً نهائياً إلا بالقيد . أما قانون ١١ بريمير (brumaire) للسنة السابعة للثورة ، فقد قرر مبــدأ تخصيص الرهن ، لا فى القيد فحسب ، بل أيضاً فى عقد الرهن نفسه (م ٤ من هذا القانون) .

ولما وضع التقنين المدنى الفرنسى ، كان لمبدأ عدم تخصيص الرهن الرسمى أنصار عديدون يقولون بجواز عمومية هذا الرهن وعدم تخصيصه . وقام صراع عنيف بين هؤلاء الأنصار وأنصار تخصيص الرهن الرسمى ، ولم يتغلب هؤلاء الأخيرون ويسجلوا مبدأ تخصيص الرهن الرسمى إلا بفضل نشاط محكمة النقض الفرنسية التى انتصرت لمبدأ التخصيص[1] . وبقى مبدأ تخصيص الرهن ثابتاً فى القانون الفرنسى حتى اليوم ، وكل رهن لا يكون مخصصاً يكون باطلا[2] .

واتبع التقنين المدنى المصرى ، القديم والجديد ، مبدأ تخصيص الرهن ، وسجله فى نصوصه ، وجعل البطلان جزاء تخلفه .

ومبدأ تخصيص الرهن يقتضى أمرين : (١) تخصيص العقار المرهون ،

---

(١) انظر فينيه (Fenet) ٢ ص ٦١٥ وما بعدها .

(٢) ويذهب الفقه الفرنسى إلى أن مبدأ تخصيص الرهن مفيد من حيث المدين الراهن ، ومن حيث الدائن المرتهن ، ومن حيث المصلحة العامة . فمن حيث المدين الراهن ، يحسن أن يخصص المدين العقار المرهون والدين المضمون حتى لا يشل جميع عقاراته عن طريق الرهن العام الشامل لجميع هذه العقارات . ومن حيث الدائن المرتهن ، يحسن أيضاً تخصيص الرهن ، حتى لا يتوالى الدائنون المرتهنون الواحد بين الآخر فى ارتهان جميع عقارات المدين ، وما ينجم عن ذلك من صعاب تأتى من عدم تخصيص عقار بالذات لكل دائن منهم ، فيكسب الدائن تأكيدا لضمان دينه ما يزيد على ما يفقده من اتساع رقعة العقارات المرهونة . ومن حيث المصلحة العامة ، تتجمد الثروات العقارية من جراء الرهون العامة التى تشمل جميع العقارات . انظر فى ذلك بودرى ودى لوان ٢ فقرة ١٣٦٦ .

فيجب تعيينه تعييناً دقيقاً فى عقد الرهن بالذات . (٢) تخصيص الدين المرهون ، فيجب ذكر مقدار الدين الذى يضمنه الرهن الرسمى ، وتقرير قاعدة عدم تجزئة الرهن بالنسبة إلى هذا الدين ، وجعل الرهن تابعاً للدين فلا ينفصل عنه .

§ ١ – تخصيص الرهن من حيث العقار المرهون

١٥٦ — نص قانونى : تنص المادة ١٠٣٥ مدنى على ما يأتى :

« ١ – لا يجوز أن يرد الرهن الرسمى إلا على عقار ، ما لم يوجد نص يقضى بغير ذلك » .

« ٢ – ويجب أن يكون العقار المرهون مما يصح التعامل فيه وبيعه بالمزاد العلنى ، وأن يكون معيناً بالذات تعييناً دقيقاً من حيث طبيعته وموقعه ، وأن يرد هذا التعيين إما فى عقد الرهن ذاته أو فى عقد رسمى لاحق ، وإلا وقع الرهن باطلا »[1] .

وظاهر من هذا النص أن الرهن الرسمى يجب أن يقع على عقار يصح

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٤٤٢ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ١ – لا يجوز أن يرهن إلا العقار الذى يصح التعامل فيه ويجوز بيعه فى المزاد العلنى ، ما لم يوجد نص يقضى بغير ذلك . ٢ – يجب أن يكون العقار المرهون معينا بالذات تعيينا دقيقا من حيث طبيعته وموقعه ، وأن يكون التعيين واردا إما فى عقد الرهن ذاته أو فى عقد رسمى لاحق ، وإلا وقع الرهن باطلا » . وقد عدلت لجنة المراجعة النص تعديلا لفظيا ، فأصبح تحت رقم ١١٣٠ فى المشروع النهائى ، مطابقا لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافق مجلس النواب عليه تحت رقم ١١١٦ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٣٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢١ – ص ٢٣) .

التقنين المدنى السابق م ٥٥٩ / ٦٨٣ : العقار الذى من شأنه جواز بيعه بالمزاد العلنى هو الذى يجوز رهنه ورد غيره .

م ٥٦٠ / ٨٦٤ : العقارات المرهونة يلزم تعيينها تعيينا كافيا جنسا ومحلا فى عقد الرهن المتفق عليه وإلا كان الرهن لاغيا ، وكذلك يجب تعيين مقدار الدين فى العقد .

التعامل فيه ويجوز بيعه بالمزاد العلنى ، ويجب تعيينه تعييناً دقيقاً فى عقد الرهن من حيث طبيعته وموقعه . هذا ويشمل الرهن إلى جانب هذا العقار المرهون ملحقاته ، وكذلك ثماره من وقت إلحاق الثمار بالعقار . ويجوز رهن المبانى القائمة على أرض الغير ، فيكون للمرتهن حق التقدم فى ثمن الأنقاض إذا هدمت المبانى ، وفى التعويض إذا استبقى المبانى صاحب الأرض .

فنتكلم إذن فيما يأتى : (١) وقوع الرهن الرسمى على عقار يصح التعامل فيه ويجوز بيعه بالمزاد العلنى . (٢) تعيين العقار المرهون تعييناً دقيقاً من حيث طبيعته وموقعه ، وهذا الأصل فى تخصيص الرهن من حيث العقار المرهون . (٣) شمول الرهن لملحقات العقار المرهون . (٤) شمول الرهن للثمار من وقت إلحاقها بالعقار . (٥) رهن المبانى القائمة على أرض الغير رهناً رسمياً .

١٥٧ — وقوع الرهن الرسمى على عقار يصح التعامل فيه ويجوز بيعه بالمزاد العلنى : والرهن الرسمى لا يقع إلا على العقار ، أما المنقول فلا يصح استقلالا أن يكون محلا للرهن الرسمى . وعلى ذلك لا يصح رهن الأموال المنقولة ، أى الحقوق العينية التى تقع على منقول كحق ملكية المنقول وحق الانتفاع به . فلا يجوز رهن سيارة أو ساعة مهما كانت ثمينة أو مجوهرات رهناً رسمياً ، وإن كان يجوز رهنها رهن حيازة كما سنرى . على أن هناك منقولات وردت نصوص خاصة تجيز رهنها رهناً رسمياً ، وهذه هى المحال التجارية (fonds de commerce) فقد أجاز القانون رقم ١١ لسنة ١٩٤٠ رهنها رهناً رسمياً ، وبين الإجراءات التى تتبع فى ذلك . ذلك أن المحال التجارية لا تعتبر منقولا مادياً ، بل هى منقول معنوى إذ تشمل خلاف العناصر المادية ، عناصر معنوية كالاسم التجارى والسمعة التجارية والعملاء ونحو ذلك . والمحل التجارى لا يخضع على كل حال للقاعدة التى تقضى بأن الحيازة فى المنقول سند الملكية ، فرهنها رهناً رسمياً

لا يعرضها لهذه القاعدة التي تضيع أهم فوائد الرهن الرسمى ، هذا إلى أنه يتيسر وضع نظام لشهر الرهن الرسمى على المحال التجارية[1] . كذلك يجوز الرهن الرسمى الوارد على السفن بموجب القانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٥١ ؛ لأنها لا تخضع لقاعدة حيازة المنقول ويمكن أن يوضع لها نظام لشهر الرهن[2]. وعلى غرار نظام رهن السفن البحرية ، عرف نظام رهن السفن النهرية ورهن الطائرات (اتفاقية جنيف سنة ١٩٤٨) .

ويجوز رهن العقار رهناً رسمياً ، سواء كان هذا العقار حق ملكية فى عقار كملكية أرض أو ملكية منزل ، أو حق رقعة عقارية ، أو حق انتفاع عقارى[3].

---

(١) انظر فى هذا المعنى بيدان وڤواران ١٣ فقرة ٣٢٦ وما بعد – پلانيول وريبير وبيكيه ٢ فقرة ٢٥٣ وما بعدها – شمس الدين الوكيل فقرة ٥١ ص ١٥٠ هامش ١ – سليمان مرقس فقرة ٢٧ ص ٣٦ .

(٢) مصطفى كمال طه فى أصول القانون البحرى فقرة ٧٤٨ ص ٧٣٧ – شمس الدين الوكيل فقرة ٥١ ص ١٥٠ هامش ١ – سليمان مرقس فقرة ٢٧ ص ٣٦ – منصور مصطفى منصور فقرة ١٠ ص ٢٥ – سمير تناغو فقرة ١٣ .

ولا يجوز رهن الحقوق الشخصية رهنا رسميا ، أيا كان محلها ، وسواء كان هذا المحل هو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل أو إعطاء شيء ولو كان هذا الشيء عقارا . فلا يجوز رهن الديون رهنا رسميا ، ولا رهن حق المستأجر لأنه حق شخصى ولو كانت العين المؤجرة عقارا .

(٣) انظر فى عدم جواز رهن حق الانتفاع شمس الدين الوكيل فقرة ٥٢ ص ١٥٣ – ص ١٥٦ – ولكن لا شك فى أن حق الانتفاع العقارى عقار ، يجوز رهنه رهنا رسميا ، وهذا هو الرأى السائد فى مصر (سليمان مرقس فقرة ٢٧ ص ٣٧ – ص ٣٨ – شفيق شحاتة ص ٣٣ – عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٢١٠ ص ٣١٥) .

وحق الانتفاع يزول حتما بموت المنتفع ، فيزول الرهن بزوال محله – وكذلك ينتهى بانتهاء أجله ، فيزول الرهن كذلك ، وإذا رهن حق الانتفاع ، وجب ألا يكون ذلك لأزيد من مدته . ولا يدخل فى الرهن حق المنتفع فى جنى الثمار وقبضها ، ولا يتقدم الدائن المرتهن فى ثمن هذه الثمار ، وإنما يتركز حقه فى حق الانتفاع ذاته لا فيما ينتجه من ثمار ، إلا إذا التحقت الثمار بحق الانتفاع عند نزع ملكية هذا الحق . ولا يجوز للمالك أن يرهن من ملكه حق =

كذلك يجوز رهن حق المحتكر أى الحكر ، ويشمل الرهن فى هذه الحالة ما أحدثه المحتكر فى الأرض المحكرة من بناء أو غراس ، إلا إذا رهن المحتكر حقه فى الحكر وحده دون البناء أو الغراس . وكذلك يجوز رهن حق صاحب الرقبة فى الأرض المحتكرة ، لأن هذا الحق يعتبر عقاراً فيجوز رهنه .

ويجوز رهن حق الارتفاق ، ولكن تبعاً للعقار المرتفق لا وحده ، لأنه لا يجوز بيع حق الارتفاق منفصلا عن العقار المرتفق .

ويجوز رهن الحق العقارى المتنازع فيه ، ويشمل ذلك الدعوى المتعلقة به ، ولكن لا يجوز رهن الدعوى دون الحق[1] .

أما حق الرهن الرسمى نفسه ، فلا يجوز فى فرنسا رهنه رهناً رسمياً ، لأن المادة ٢١١٨ مدنى فرنسى ذكرت على سبيل الحصر الأموال التى يجوز رهنها رهنا رسمياً وليس حق الرهن الرسمى منها ، ولأن المادة ٧٧٥ مرافعات فرنسى نصت على وجوب قسمة الناتج من الرهن قسمة غرماء بين دائنى الدائن المرتهن فاعتبر ذلك الناتج منقولا لا عقاراً[2] . وهذا هو الرأى السائد فى مصر[3] . ولكن يجوز على كل حال رهن الدائن للدين المضمون بالرهن

= الانتفاع ، لأن حق الملكية الكامل لا يقبل ظهورا لحق الانتفاع (پلانيول وريپير وبيكيه ١٢ فقرة ٣٥٥ – سليمان مرقس فقرة ٢٧ ص ٣٨ هامش ٢) .

فإذا انضم إلى الرقبة حق الانتفاع وأصبحت الملكية كاملة ، شمل رهن الرقبة هذه الملكية الكاملة . ذلك لأن حق الانتفاع يعتبر من ملحقات الرقبة ، إذا انضم إليها ، فيشمله الرهن . ولكن العكس غير صحيح ، فإذا ملك صاحب حق الانتفاع المرهون الرقبة ، أصبح مالكاً ملكية كاملة ، ولكن حق الانتفاع وحده يبقى مرهونا (سليمان مرقس فقرة ٢٧ ص ٣٨ – ٣٩) .

(١) بودرى ودى لوان ٢ فقرة ٩٤٤ – چوسران ٢ فقرة ١٦٦٠ – سليمان مرقس فقرة ٢٧ ص ٣٩ .

(٢) بودرى ودى لوان ٢ فقرة ٩٤٧ – چوسران ٢ فقرة ١٦٥٩ .

(٣) جرانمولان فقرة ٣٣٢ – محمد كامل مرسى فقرة ٥١ – شمس الدين الوكيل فقرة ٥٢ ص ١٥٦ هامش ١ – شفيق شحاته فقرة ٣٥ – سليمان مرقس فقرة ٢٨ ص ٤٠ – وإن كان الأستاذ سليمان مرقس يرى إعادة النظر فى هذا الرأى ، ويقدم الأدلة التى تدعو لذلك (سليمان مرقس فقرة ٢٨ ص ٤٠ هامش ٢) .

الرسمى رهن حيازة فيتبع الرهن الرسمى الدين فى رهنه ، كما يجوز له أن يبيع الدين ويتبعه فى ذلك الرهن الرسمى[1].

ويجب أن يكون العقار المرهون رهناً رسمياً مما يجوز التعامل فيه ومما يجوز بيعه بالمزاد العلنى : فلا يجوز رهن الوقف ، وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية فى هذا الصدد : « يجب أن يكون المال الذى صح رهنه رهناً رسمياً عقاراً يجوز التعامل فيه ، فلا يجوز رهن الوقف »[2]. ولا يجوز رهن العقار المشروط عدم التصرف فيه[3] ، وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية فى هذا الصدد : « كذلك يجب أن يكون جائزاً بيعه فى المزاد العلنى ، فلا يجوز رهن العقار المشروط عــدم التصرف لبيعه[4] . كذلك لا يجوز رهن

---

(١) پلانيول وريپير وبيكيه ١٢ فقرة ٣٦٦ - بيدان وڤواران ١٣ فقرة ٣٥٧ ص ٣٦٨ - شفيق شحاتة فقرة ٣٥ - شمس الدين الوكيل فقرة ٥٢ ص ١٥٦ هامش ١ - سليمان مرقس فقرة ٢٨ ص ٤٠ - ص ٤١ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٢ .

(٣) عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٢٠٨ ص ٣١٣ - شفيق شحاتة فقرة ٢٥ ص ٢٨ - سليمان مرقس فقرة ٢٧ ص ٣٦ - ويلاحظ أنه قد يكون الغرض من شرط المنع من التصرف لا يتعارض مع بيع العقار فى المزاد ، وعندئذ يجوز رهن العقار مع أنه ممنوع من التصرف فيه . مثل ذلك أو يشترط البائع على المشترى منع التصرف فى العقار المبيع حتى يفى المشترى بالثمن ، فهنا يجوز للمشترى أن يرهن العقار المبيع ، لأن الدائن المرتهن إذا أراد بيع العقار طهره حتما مما عليه من تأمينات بما فى ذلك امتياز البائع . فيستوفى البائع حقه أولا دون أن يتتبع العقار ، ثم يستوفى الدائن المرتهن بعد ذلك حقه المضمون بالرهن (إسماعيل غانم فى الحقوق العينية الأصلية ٢ ص ٦٩ - شمس الدين الوكيل فقرة ٥٢ ص ١٥٦ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٥١ - أحمد سلامة فقرة ٤٢ - منصور مصطفى منصور فقرة ١١ ص ٢٦ - ص ٢٧) .

(٤) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٢ .

ونرى مع بعض الفقهاء أن جواز التعامل فى العقار المرهون معناه ، أن هذا العقار يجوز بيعه بالمزاد العلنى (انظر شفيق شحاتة فقرة ٢٧ - وانظر شمس الدين الوكيل فقرة ٥٢ ص ١٥٧ - ص١٥٩ - سليمان مرقس فقرة ٢٧ص ٣٢٧ هامش ٢ - وقارن عبد الفتاح عبد الباقى ص ٣١٣ هامش ٤) .

ما لا يجوز التعامل فيه محافظة على النظام العام والآداب ، كرهن العقار المستعمل للمقامرة أو للعهارة . ولا يجوز أن يرهن رهناً رسمياً العقار المقصور على مالكه ، كحق الاستعمال وحق السكنى ، لأن المالك لحق الاستعمال أو حق السكنى لا يستطيع النزول عن حقه إلا بناء على شرط صريح أو لمبرر قوى (م ٩٩٧ مدنى)[1] .

١٥٨ — تعيين العقار المرهون تعيينا دقيقا من حيث طبيعته وموقعه : رأينا [2] أن الفقرة الثانية من المادة ١٠٣٥ مدنى تنص على أن العقار المرهون يجب «أن يكون معيناً بالذات تعييناً دقيقاً من حيث طبيعته وموقعه ، وأن يرد هذا التعيين إما فى عقد الرهن ذاته أو فى عقد رسمى لاحق ، وإلا وقع الرهن باطلا» . وجاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : «وتقتضى قاعدة تخصيص الرهن أن يكون العقار المرهون معيناً تعييناً دقيقاً من حيث الطبيعة والموقع ، فإذا لم يرد فى العقد هذا التحديد أمكنت تكملته فى ورقة لاحقة تكون هى أيضاً رسمية ، وتعتبر ملحقاً لعقد الرهن»[3] .

فبدأ تخصيص الرهن[4] إذن يقتضى أولا تعيين العقار المرهون بالذات ،

---

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه لا يوجد نص فى القانون يحد من حق الدائن المرتهن الذى أصبح رهنه غير كاف لسداد الدين من طلب ضمان إضافى من طريق استصدار حكم بالدين يجيز له أخذ اختصاص على عقارات لمدينه . وقد تنشأ ضرورة الالتجاء لإجراء كهذا ، سواء لعدم كفاية الثمن الناتج من بيع الأعيان المنزوع ملكيتها ، أو من هبوط قيمة الأعيان المرهونة لدرجة تؤثر فى سداد الدين المضمون ، أو بسبب خشية استحقاق الغير لها ، وبصفة عامة بسبب ضياع أو نقصان التأمينات المعطاة . وحق الأولوية الذى للدائن المرتهن على بعض أملاك مدينه ، لا يمنع من حقه العام على جميع أملاكه الأخرى التى تعتبر منضمة لها (استئناف مختلط ١٧ يناير سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٢٠١ ص ٤٥١) .

(٢) انظر آنفاً فقرة ١٥٦ .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٢ .

(٤) principe de spécialité .

فلا يجوز رهن المالك لجميع ما يملك من العقارات ، أو لجميع عقاراته الموجودة بجهة كذا . ومتى عين العقار المرهون بالذات ، وجب تحديده تحديداً دقيقاً من ناحيتين : (الناحية الأولى) من حيث طبيعته ، فيقال إن هذا العقار هو أرض أو منزل أو مصنع أو غير ذلك من العقارات ، وإذا كان أرضاً فهل هي أرض زراعية أو أرض بناء أو غير ذلك . ويحسن ذكر حدود هذا العقار ، ومساحة رقعته ، وما يحمله من مميزات ، وما أعد له من أغراض وخدمات ، وغير ذلك مما يجعل العقار موصوفاً وصفاً تاماً يمكن معه أن يتعين من بين كثير من العقارات المشابهة . ويجب ذكر ما إذا كان ملكاً كاملا أو حق رقبة أو حق انتفاع[1] . (الناحية الثانية) من حيث موقعه ، فتذكر الجهة التي يوجد فيها العقار ، وموقع العقار من هذه الجهة ، وما يحيط به من جيران وعقارات أخرى ، بحيث يتميز العقار تميزاً تاماً عن سائر العقارات المجاورة له في الجهة التي هو فيها ، فلا يلتبس بغيره من العقارات[2] .

ويجب أن يحدد العقار هذا التحديد الدقيق في نفس عقد الرهن الرسمي : فلا يكفي التحديد في القيد ، لأن التحديد في القيد شيء آخر يفيد الغير ولا شأن له بنفس العقد . فإذا لم يحدد العقار في نفس العقد الرسمي ، أو حدد تحديداً غير دقيق ، وجب إلحاق العقد بورقة أخرى ، تكون هي أيضا رسمية . يحدد فيها العقار تحديداً دقيقاً أو يستكمل فيها ما نقص من هذا التحديد في العقد الرسمي . وتعتبر هذه الورقة ملحقاً للعقد الرسمي ، فيكون العقد الرسمي

---

(١) بودرى ودى لوان ٢ فقرة ١٣٧٠ ص ٤٨٩ وفقرة ١٣٧١ ص ٤٩١ - أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٦٦ هامش ٥٧ ثالثا - پلانيول وريبير وبيكيه ١٢ فقرة ٤٣٢ .

(٢) بودرى ودى لوان ٢ فقرة ١٣٧ ص ٤٨٩ - ص ٤٩٠ - پلانيول وريبير وبيكيه ١٢ فقرة ٤٢٩ (ذكر اسم الشارع الذى يوجد فيه المنزل ورقم هذا المنزل) - سليمان مرقس فقرة ٣٠ - شمس الدين الوكيل فقرة ٥٢ ص ١٥٩ - ص ١٦٠ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٢ - سمير تناغو فقرة ١٤ .

مشتملا على ورقتين ، ورقة يذكر فيها العقد وأخرى يحدد فيها العقار المرهون تحديداً دقيقاً .

وجزاء عدم التحديد الدقيق على الوجه الذى سبق بيانه هو البطلان المطلق ، لأن هذا التحديد الدقيق هو أصل من أصول تخصيص الرهن ، ومبدأ تخصيص الرهن مبدأ جوهرى لا يقوم الرهن بدونه ـ ولا يجوز أن يغفل هذا التحديد الدقيق فى عقد الرهن الرسمى أو فى ملحقه ، اكتفاء بذكره فى قيد الرهن ، فان الرهن لا يقيد إلا إذا كان صحيحاً ، والرهن الرسمى دون هذا التحديد الدقيق يكون باطلا كما قدمنا . فاذا لم يحدد العقار المرهون تحديداً دقيقاً فأصبح الرهن الرسمى باطلا ، لم يصححه القيد ولو احتوى على هذا التحديد الدقيق[1] . وإذا كان الرهن الرسمى باطلا لعدم التحديد الدقيق ، أمكن أن يتمسك بالبطلان كل ذى مصلحة : الدائن المرتهن والراهن وورثة كل منهما والدائنون المرتهنون المتأخرون فى المرتبة والحائز للعقار[2] .

ويتضمن عقد الرهن الرسمى الباطل وعداً صحيحاً بعقد رهن رسمى آخر ، فإذا لم يقم به الراهن ، جاز للدائن المرتهن أن يعتبر أن الراهن قد أخل بوعده ، فيحل الدين فوراً ويفقد المدين سعة الأجل[3] .

١٥٩ ــ شمول الرهن لملحقات العقار المرهون ــ نص قانونى : تنص المادة ١٠٣٦ مدنى على ما يأتى :

---

(١) جيوار ٢ فقرة ١٠٢٨ ــ بودرى ودى لوان ٢ فقرة ١٣٧٩ ــ چوسران ٢ فقرة ١٦٨٢ ــ پلانيول ورببير وبيكيه ١٢ فقرة ٤٣١ .

(٢) هيك ١٣ فقرة ٢١٦ ــ لوران ٣٠ فقرة ٥١٢ ــ جيوار ٢ فقرة ١٠٢٧ ــ أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٦٦ هامش ٦٣ ــ بودرى ودى لوان ٢ فقرة ١٣٧٧ ــ پلانيول ورببير وبيكيه ١٢ فقرة ٤٣١ .

(٣) لوران ٣٠ فقرة ٥١٣ ــ جيوار ٢ فقرة ١٠٢٩ ــ أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٦٦ هامش ٦٥ مكرر ــ بودرى ودى لوان ٢ فقرة ١٣٧٨ ــ چوسران ٢ فقرة ١٦٨٢ ــ پلانيول ورببير وبيكيه ١٢ فقرة ٤٣١ .

« يشمل الرهن ملحقات العقار المرهون التى تعتبر عقاراً ، ويشمل بوجه خاص حقوق الارتفاق والعقارات بالتخصيص والتحسينات والإنشاءات التى تعود بمنفعة على المالك ، ما لم يتفق على غير ذلك ، مع عدم الإخلال بامتياز المبالغ المستحقة للمقاولين أو المهندسين المعماريين المنصوص عليه فى المادة ١١٤٨ »[1] .

وهذا النص يجعل الرهن يمتد إلى ملحقات العقار المرهون ، لأن هذه الملحقات تابعة للعقار المرهون فتكون مرهونة مثله . وقد ذكر النص أمثلة واضحة لهذه الملحقات ، هذه هى :

١ — حقوق الارتفاق : ويقصد بها حقوق الارتفاق الإيجابية التى تكون تابعة للعقار المرهون ، فيكون هذا العقار عقاراً مرتفقا ، له ارتفاق على عقارات أخرى مجاورة . ذلك أن حق الارتفاق يتبع العقار الذى يخدمه ، فلا ينفصل عنه . فإذا بيع العقار بيعت معه حقوق ارتفاقه ، وكذلك إذا

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٤٤٣ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ١ — يشمل الرهن ملحقات العقار المرهون التى تعتبر عقارا ، ويشمل بوجه خاص حقوق الارتفاق والعقارات بالتخصيص والتحسينات والإنشاءات التى تعود بمنفعة على المالك ، ما لم يتفق على غير ذلك . فإن كان الرهن مرتبا على حق الرقبة ، ثم آل حق الانتفاع إلى مالك الرقبة ، فإن الرهن يمتد إلى حق الانتفاع ، وذلك دون إخلال بما يكون هذا الحق مثقلا به من حقوق عينية . ٢ — لا أثر للرهن فى الحقوق التى كسبها الغير ، قبل إبرام الرهن ، على ملحقات العين المرهونة » . وفى لجنة المراجعة حذفت الفقرة الثانية والجزء الأخير من الفقرة الأولى ، مع النص على عدم الإخلال بحق امتياز المبالغ المستحقة للمقاولين والمهندسين المعماريين المنصوص عليه فى المادة ١٢٥٢ ، وأصبح رقم المادة ١١٣١ فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على النص تحت رقم ١١١٧ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٣٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٣ — ص ٢٦) .

التقنين المدنى السابق م ٥٦٤ / ٦٨٨ : الرهن يشمل جميع أجزاء العقار المرهون بغير تعيين حصته منه ، وجميع ملحقاته وما يحدث فيه من الإصلاحات ، والأبنية التى تعود منفعتها على مالكه ، إلا إذا وجد شرط يخالف ذلك .

رهن فإن حقوق الارتفاق تصبح مرهونة مثله[1] . وتكون حقوق الارتفاق مرهونة مع العقار ، حتى لو لم توجد حقوق الارتفاق هذه إلا بعد عقد الرهن ، لأنها تعتبر تابعة للعقار[2] .

٢ – العقارات بالتخصيص : والعقار بالتخصيص هو منقول بطبيعته يملكه مالك العقار ولكن هذا المالك رصده وقفاً على خدمة العقار واستغلاله ، فهو إذن يلازم العقار ويتبعه فى مصيره بيعاً أو رهناً أو أى تصرف آخر من التصرفات . ولا يجوز فصله عن العقار ، وإلا أصبح منقولا لا يجوز رهنه رهناً رسمياً . وتدخل العقارات بالتخصيص ، كالماشية والآلات الزراعية وأدوات النقل والسماد والبذور والمفروشات المخصصة لخدمة فندق والآلات المخصصة لخدمة مصنع ونحو ذلك ، مع العقار المرهون فى الرهن ، دون حاجة إلى ذكر ذلك ، لأن هذه العقارات بالتخصيص تتبع العقار الأصلى ، فتصبح مرهونة مثله ويستوى أن يكون العقار بالتخصيص موجوداً وقت عقد الرهن أو وجد بعد ذلك ، فكل عقار بالتخصيص يلحق العقار الأصلى فى الرهن ، أياً كان تاريخ وجوده[3] . وإذا دخل العقار بالتخصيص فى الرهن ، ثم فصله الراهن عن العقار الأصلى ، كأن باعه وسلمه إلى المشترى ، فإن المشترى إذا كان حسن النية يملك العقار بالتخصيص الذى أصبح منقولاً ،

---

(١) جيوار ٢ فقرة ٦٧٣ – بودرى ودى لوان ٢ فقرة ٩٢٨ – بلانيول وريبير وبيكيه ١٢ فقرة ٣٨٢ ص ٤١٧ .

(٢) منصور مصطفى منصور فقرة ١٤ ص ٣٣ – سمير تناغو فقرة ١٦ ص ٤٨ .

(٣) انظر أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٥٩ – بودرى ودى لوان ٢ فقرة ٩١٦ – بيدان وفوازان فقرة ٢٥٢ – بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٣٦٤٦ – كولان وكابيتان ٢ فقرة ١٦٦٨ – جوسران ٢ فقرة ١٦٥٦ – بلانيول وريبير وبيكيه ١٢ فقرة ٣٨٢ ص ٤١٦ – منصور مصطفى منصور فقرة ١٤ ص ٣٤ – سمير تناغو فقرة ١٦ ص ٤٩ – وذلك ما لم يتفق على غيره (نقض مدنى ١٤ يناير سنة ١٩٠٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٦٢ ص ٤٢٠ – ١٣ مايو سنة ١٩٠٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ١٢٧ ص ٨٥١) ، ويقع عبء إثبات ذلك على من يدعيه (سليمان مرقس فقرة ٣٢ ص ٤٨) .

ولا يحتج عليه بأنه كان مرهوناً مع العقار الأصلى لأنه حازه وهو يعتقد بحسن نية أنه خالٍ من الرهن . ولكن يجوز للدائن المرتهن أن يحجز على الثمن وهو فى يد المشترى ، إذا كان هذا لم يدفعه للبائع ، لأن الرهن شمل الثمن ويتقدم فيه الدائن المرتهن[1] . أما إذا باع الراهن العقار بالتخصيص ولكن لم يسلمه للمشترى ، فإنه يبقى مرهوناً مع العقار الأصلى كما كان ، حتى لو كان المشترى حسن النية ما دام أنه لم يحزه ، ويستطيع الدائن المرتهن أن يعارض فى تسليم العقار بالتخصيص للمشترى[2] .

٣ — التحسينات والإنشاءات : وكثيراً ما يستحدث مالك العقار المرهون هذه التحسينات ويقيم هذه المنشآت ، فتدخل ضمناً . دون حاجة إلى اتفاق خاص على ذلك ، فى الرهن باعتبارها تابعة للعقار المرهون . ولا يقصد بالتحسينات والمنشآت ما نشأ نتيجة للتقلبات الاقتصادية كارتفاع سعر العقار المرهون ، أو نتيجة لتنفيذ مشروعات عامة كمشروعات للإنارة أو للكهرباء أو للرى أو للصرف ، فكل هذه يستفيد منها العقار فيعلو سعره ويدخل هذا العلو فى الرهن ، ولكنها لا تعتبر هى التحسينات والمنشآت المقصودة[3] . وما أنتجته الطبيعة من تحسينات فى الأرض ، كتراكم الطمى

---

(١) سمير تناغو فقرة ١٦ ص ٤٨ .

(٢) بودرى ودى لوان ٢ فقرة ٩١٧ — بيدان وفواران فقرة ٣٥٤ — بلانيول وريبير وبيكيه ١٢ فقرة ٣٨٣ — أنسيكلوبيدى داللوز ٢ لفظ **hypothèque** فقرة ١٧٠ ص ٩١٦ — محمد كامل مرسى فقرة ٥٨ — شفيق شحاتة فقرة ٣٦ — سليمان مرقس فقرة ٣٣ ص ٤٩ — سمير تناغو فقرة ١٠٦ ص ٤٩ .

ويشمل الرهن العقار بالتخصيص حتى لو كان الراهن لم يدفع ثمن المنقول الذى أصبح عقارا بالتخصيص ، ويتأخر امتياز بائع المنقول على حق الدائن المرتهن ، إلا إذا كان الدائن المرتهن يعلم وقت تخصيص المنقول لخدمة العقار بوجود امتياز للبائع (استئناف مختلط ١٨ يونيه سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٣٧٨ — سليمان مرقس ٣٣ ص ٤٨ هامش ٥ . وقارن المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٥) .

(٤) سمير تناغو ١٦ ص ٤٩ — ص ٥٠ .

الذى يزيد من مساحة الأرض ، يعتبر تحسينا بفعل الطبيعة ويدخل ضمن الرهن . أما المقصود بالتحسينات هنا ، فهو ما يصنعه صاحب العقار المرهون بنفسه ، كتوسيع غرف المنزل وإعداد حديقة له وتيسير سبيل المرور إليه من الطريق العام ، فكل ما يصنع من ذلك يعتبر تحسيناً يدخل ضمن الرهن[1] . وكذلك الإنشاءات التى يزيدها صاحب العقار المرهون ، كأن يبنى طابقاً جديداً أو يستحدث بناء على الأرض المرهونة أو يضيف إلى البناء الموجود ملاحق له تزيد من قيمه ، كل هذه تعتبر إنشاءات تتبع العقار المرهون وتدخل معه فى الرهن[2] . ويستوى أن تكون التحسينات والإنشاءات قد حدثت قبل عقد الرهن أو حدثت بعد ذلك ، فما دامت قد أصبحت عقاراً ملحقاً بالعقار الأصلى المرهون ، فإنها تدخل معه فى الرهن . وتدخل التحسينات والإنشاءات أياً كانت قيمتها ، ولو زادت القيمة على العقار الأصلى المرهون نفسه[3] . وإذا قام الغير ، كمستأجر ، بالإنشاءات لخدمته ، فإنها لا تدخل فى الرهن ما دامت فى ملك المستأجر[4] . حتى إذا انتهى

---

(١) ويعتبر تحسينا ما ينقضى من حقوق كانت تثقل العقار المرهون ، كحق ارتفاق أو حق انتفاع (بلانيول وريبير وبيكيه ١٢ فقرة ٣٨٦ – سمير تناغو فقرة ١٦ ص ٥٠ هامش ٢) . وإذا نص صريحا فى عقد الرهن أنه لا يشمل فحسب العقار المرهون ، بل وجميع التحسينات والزيادات الحاصلة فيه ، فإن هذا الرهن يشمل الطابق الجديد المبنى فى العقار ، ويدخل فى نزع الملكية (استئناف مختلط ١٩ مارس سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٧ رقم ٤٧٢ ص ٩٣٦) .

(٢) فتدخل المبانى المستحدثة فوق الأرض كجزء من الأرض المرهونة (استئناف مختلط ٢٠ أبريل سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٢٦٩) ، وكذلك ريع هذه المبانى (استئناف مختلط ١٤ مايو سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٦٨)

(٣) منصور مصطفى منصور فقرة ١٤ ص ٣٤ – سمير تناغو فقرة ١٦ ص ٥٠ .

(٤) ويجوز للمستأجر رهن هذه الإنشاءات ، ما دامت فى ملكه (استئناف مختلط ٨ أبريل سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٦٣ – ٢٨ مايو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٥١٢ – سليمان مرقس فقرة ٣٤ ص ٥٢) .

الأمر بأن دخلت فى ملك صاحب العقار المرهون ، فإن الرهن يشملها[١] ولا يعتبر رهناً لمال مستقبل أن تكون المنشآت قد أقيمت بعد الرهن ، فإن الرهن يشملها لا مستقلة بل باعتبارها قد أصبحت تابعة للعقار المرهون[٢] . وإذا امتد الرهن إلى المنشآت والتحسينات فإنه يمتد بمرتبته الأصلية لا من تاريخ وجود هذه المنشآت والتحسينات ، حتى لو لم تقم هذه المنشآت والتحسينات إلا بعد مدة طويلة انقضت بعد عقد الرهن[٣] .

وليس ما ذكرنا هو وحده الذى يلحق بالعقار المرهون فيدخل فى الرهن ، بل كل ملحق بالعقار المرهون يدخل فى الرهن إذا اعتبر عقاراً مثله . فيدخل حق الانتفاع باعتباره تابعاً للعقار المرهون ، وعلى ذلك إذا رهن مالك الرقبة ما يملكه وهو الرقبة ، وكان حق الانتفاع مفصولا من الرقبة ومقرراً لشخص آخر ، ثم انتهى حق الانتفاع فآل إلى الرقبة ، دخل حق الانتفاع باعتباره ملحقاً بالعقار المرهون[٤] .

ويدخل كذلك حق الحكر ، إذا رهن صاحب الرقبة ما يملكه ثم انقضى حق الحكر أو فسخ ، فإنه يلتحق بالرقبة المرهونة ويصير مرهوناً مثلها[٥] .

ويدخل كذلك فى الرهن الحائط المشترك الذى يحد العقار المرهون ، باعتبار أنه ملحق بهذا العقار[٦] ، كما يدخل صاحب سطح الأرض المرهون

---

(١) منصور مصطفى منصور فقرة ١٤ ص ٣٤ – ص ٣٥ – سمير تناغو فقرة ١٦ ص ٥٠ – وإذا كان البانى على العقار المرهون يستحق تعويضا ، أخذه من مالك العقار المرهون لأن هذا المالك قد زاد البناء فى قيمة ملكه ، ولا يرجع البانى بدعوى الإثراء بلا سبب على الدائن المرتهن إذا نزع هذا ملكية البناء مع العقار المرهون وحصل بذلك على حقه (سليمان مرقس فقرة ٣٤ ص ٥١ هامش ٤ – عكس ذلك شفيق شحاتة فقرة ٣٠) .

(٢) سمير تناغو فقرة ١٦ ص ٥١ .

(٣) سمير تناغو فقرة ١٦ ص ٥١ .

(٤) بلانيول وريبير وبيكيه ١٢ فقرة ٣٨٦ – سمير تناغو فقرة ١٦ ص ٥٢ .

(٥) سليمان مرقس فقرة ٣٧ .

(٦) كولان وكابيتان ٢ فقرة ١٦٦٨ – بلانيول وريبير وبيكيه فقرة ٣٨٢ ص ٤١٧ .

فى التعويض الذى يأخذه من منجم فى بطن الأرض[1] . والمهم أن يكون الذى يدخل فى الرهن هو ملحق للعقار المرهون يعود بمنفعة على المالك[2] ، وأن يكون فى الوقت ذاته معتبراً عقاراً مثله[3] ، فقد نصت المادة ١٠٣٦ مدنى كما رأينا على أن « يشمل الرهن ملحقات العقار المرهون التى تعتبر عقاراً » .

وقد لاحظ المشرع المصرى أنه قد يدخل ضمن الرهن ، كملحقات للعقار المرهون ، ما يكون مثقلا بحق امتياز المقاول أو المهندس المعمارى ، وذلك كالمنشآت والتحسينات التى يقيمها صاحب العقار المرهون فتدخل فى الرهن وعليها امتياز للمقاول أو المهندس المعمارى الذى بناها . هذا الامتياز قد يكون متأخراً فى مرتبته عن حق الرهن الأصلى ، بأن تكون المنشآت أو التحسينات لم تقم إلا بعد الرهن . ومع ذلك يتقدم المقاول أو المهندس المعمارى بامتيازه هذا المتأخر على الدائن المرتهن المتقدم ولو كان الدائن المرتهن لا يعلم بحق الامتياز . وقد نصت العبارة الأخيرة من المادة ١٠٣٦ مدنى على هذا الحكم ، إذ تقول : « مع عدم الإخلال بامتياز المبالغ المستحقة للمقاولين أو المهندسين المعماريين المنصوص عليه فى المادة ١١٤٨ »[4] .

---

(١) بلانيول وربيير وبيكيه فقرة ٣٨٢ ص ٤١٧ .

(٢) فلا يدخل فى الرهن ما استحدث المستأجر من منشآت فى العين المرهونة ما دامت المنشآت مملوكة للمستأجر ، فإذا ما آلت ملكيتها للمالك وأصبح يستطيع الانتفاع بها ، دخلت فى الرهن كما قدمنا .

(٣) فلا يدخل فى الرهن ما يعتبر منقولا من ملحقات العقار ، كالعربات المخصصة لركوب صاحب هذا العقار وأثاث المنزل المخصص لسكنى الراهن والمواشى والآلات التى يستأجرها الراهن لخدمة العقار (منصور مصطفى منصور فقرة ١٤ ص ٣٣ – سليمان مرقس فقرة ٣٢ ص ٤٧) .

(٤) وقد ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى للمادة ١٠٣٦ مدنى ما يأتى : « يلحق بالعقار فى الرهن ، فيكون مرهونا مثله فى نفس الدين ، دون حاجة إلى ذكره فى العقد ، كل ما يكون من ملحقات العقار ويعتبر عقارا . مثل ذلك ما يكون للعقار المرهون من =

وكل ما قدمنا ليس من النظام العام . فيجوز للدائن المرتهن وصاحب العقار المرهون أن يتفقا على إخراج التحسينات والإنشاءات أو حق الانتفاع أو غير ذلك من الرهن ، فلا يصبح مرهوناً مع العقار المرهون . وقد نصت المادة ١٠٣٦ مدنى على ذلك ، إذا تقول « ما لم يتفق على غير ذلك » .

١٦٠ — شمول الرهن للثمار من وقت إلحاقها بالعقار — نص قانونى :

تنص المادة ١٠٣٧ مدنى على ما يأتى :

« يترتب على تسجيل تنبيه نزع الملكية أن يلحق بالعقار ما يغله من ثمار وإيراد عن المدة التى أعقبت التسجيل ، ويجرى فى توزيع هذه الغلة ما يجرى فى توزيع ثمن العقار »[1] .

= حقوق الارتفاق ، ومثل ذلك أيضاً العقارات بالتخصيص التى أعدها المالك لخدمة العقار ، سواء كانت من قبل الرهن أو أعدت بعده ، ومثل ذلك أخيراً ما أدخل على العقار ولو بعد الرهن من تحسينات مهما زادت فى قيمته وما أقيم من منشآت تعود بالمنفعة على المالك كما إذا أقام المالك على الأرض المرهونة بناء فإن الرهن يشمله مهما كان كبيراً . كذلك لو أقام الغير بناء على أرض مرهونة وملك الراهن البناء بالالتصاق ، فإن الرهن يشمل البناء . وتطبيقا لما تقدم إذا كان المرهون هو حق الرقبة ، ثم آل حق الانتفاع إلى المالك ، شمل الرهن حق الانتفاع باعتباره تابعا للرقبة ، مع مراعاة حقوق الغير كما لو كان حق الانتفاع نفسه مرهونا واشتراه مالك الرقبة المرهونة ، فإن الرهن على الرقبة يشمل حق الانتفاع ولكنه يتأخر عن الرهن الذى رتب على حق الانتفاع من قبل . وكذلك الأمر فى ملحقات العقار المرهون إذا كان للغير حقوق عليها ، فإن الرهن الذى يمتد إلى هذه الملحقات لا يؤثر فى هذه الحقوق ، فلو اشترى مالك الأرض المرهونة مواشى لم يدفع ثمنها وخصصها لخدمة الأرض ، فإن الرهن يشملها ولكنه يتأخر عن امتياز بائع المواشى » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٤ — ص ٢٥) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٤٤٤ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت لجنة المراجعة على النص ، تحت رقم ١١٣٢ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١١٨ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٣٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٦ — ص ٢٧) .

ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى السابق ، ولكن يقابله فى تقنين المرافعات الأسبق م ٥٤٥ / ٦٢٣ : يترتب على تسجيل التنبيه إلحاق إيراد العقار المقصود نزعه من يد المدين وثمراته به ، ويوزع ما يخص المدة التى أعقبت ذلك التسجيل من كل منها كما يوزع ثمن العقار .

ويؤخذ من هذا النص أن ثمار العقار المرهون تلتحق بهذا العقار . ويجرى فى توزيعها ما يجرى فى توزيع ثمن العقار ، من وقت إلحاق الثمار بالعقار عند الشروع فى نزع ملكية العقار ، سواء كان نازع الملكية هو الدائن المرتهن أو أى دائن آخر ولو كان دائناً عادياً . أما قبل إلحاق الثمار بالعقار ، فالثمار من حق صاحب العقار المرهون وله قبضها ، وقد نصت المادة ١٠٤٤ مدنى فى هذا الصدد على أن « للراهن الحق فى إدارة العقار المرهون ، وفى قبض ثماره إلى وقت التحاقها بالعقار » . وهذا هو الذى يميز الرهن الرسمى ، فالراهن لعقاره رهناً رسمياً لا يحرم نفسه من ثمار عقاره ، فهى ملكه وله أن يقبضها إلى أن تلحق بالعقار »[1] .

يبقى إذن أن نحدد بالضبط متى تلتحق الثمار بالعقار ، فيتقدم فيها الدائن المرتهن بحسب مرتبته كما يتقدم فى استيفاء دينه من ثمن العقار نفسه . تقول المادة ١٠٣٧ مدنى ، كما رأينا ، أنه « يترتب على تسجيل تنبيه نزع الملكية أن يلحق بالعقار ، ما يغله من ثمار وإيراد عن المدة التى أعقبت التسجيل » . فتلحق الثمار بالعقار المرهون من وقت تسجيل تنبيه نزع الملكية ، وهذا لم إذا كان العقار المرهون لا يزال فى ملك الراهن . أما إذا انتقل العقار المرهون إلى ملك حائز للعقار ، فقد نصت المادة ١٠٧٩ مدنى على أنه « على الحائز أن يرد ثمار العقار من وقت إنذاره بالدفع أو التخلية ، فإذا تركت الإجراءات مدة ثلاث سنوات فلا يرد الثمار إلا من وقت أن يوجه إليه إنذار جديد » .

فإذا كانت الثمار مدنية ، وهى ما يسميها المشرع بالإيرادات ، فما يستحق منها عن المدة اللاحقة لتسجيل التنبيه أو الإنذار بالدفع أو التخلية إلى وقت

---

(١) وتشمل ثمار العقار ثمار ملحقاته ولو أنشئت بعد الرهن ، كبناء طابق جديد بعد الرهن فوق المنزل المرهون (استئناف مختلط ١٤ مايو سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٦٨ – سليمان مرقس فقرة ٣٥ ص ٥٣) . وإذا باع الراهن الثمار قبل إلحاقها بالعقار ، ثم جنيت بعد ذلك ، فإنها تكون ملكا للمشترى (المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٧ – شمس الدين الوكيل فقرة ٥٣ ص ١٦٨ – سليمان مرقس فقرة ٣٥ ص ٥٣) .

رسو مزاد العقار المرهون يلحق بالعقار ، ويوزع على الدائنين المرتهنين بحسب مراتبهم كما يوزع ثمن العقار المرهون نفسه . فإذا كان العقار المرهون منزلا وكان مؤجراً ، فإن أجرة المنزل من وقت تنبيه نزع الملكية أو من وقت الإنذار بالدفع أو التخلية إلى وقت رسو مزاد المنزل تلحق بالعقار ، وتوزع مع ثمن العقار على الدائنين المرتهنين بحسب مراتبهم . أما ما يستحق من الأجرة عن مدة سابقة على تسجيل التنبيه أو على الإنذار فإنه يكون من حق صاحب العقار المرهون ، ولو لم يتم الوفاء إلا بعد التسجيل أو الإنذار[1] .

أما إذا كانت الثمار طبيعية أو مستحدثة ، فهناك رأى يذهب إلى أن العبرة فيها بتاريخ الجنى ، فإذا كان التاريخ بعد التسجيل أو الإنذار ألحقت كلها بالعقار ، ولا يعتد بالمدة التى بقيت فيها هذه الثمار بالأرض قبل التسجيل أو الإنذار ما دامت قد جنيت بعد ذلك . فلو أن الثمار هى محصولات الأرض ، وبقيت هذه المحصولات فى الأرض تسعة أشهر منها ستة أشهر قبل التسجيل أو الإنذار وثلاثة أشهر بعد ذلك ، فما دامت قد جنيت بعد التسجيل أو الإنذار فإنها تعتبر كلها ملحقة بالعقار المرهون ويوزع ثمنها على الدائنين المرتهنين كما يوزع ثمن العقار نفسه ، ولو أن هذه المحصولات بقيت فى الأرض ثلثى المدة قبل التسجيل أو الإنذار وثلث المدة فقط بعد ذلك[2] . ويستند هذا الرأى إلى أن الثمار الطبيعية أو المستحدثة لا تعتبر مقبوضة إلا من وقت فصلها ، بخلاف الثمار المدنية فإنها تعتبر مقبوضة يوماً فيوماً (م ٢/٩٧٨ مدنى) .

ولكن الرأى السائد ، وهو الرأى الذى نأخذ به ، يذهب إلى أن الثمار الطبيعية أو المستحدثة هى كالثمار المدنية ، فلا تلحق بالعقار إلا بنسبة المدة التى أعقبت التسجيل أو الإنذار إلى كل المدة التى بقيت فيها هذه الثمار بالأرض . فى المثل السابق ، لا يلتحق بالعقار المرهون إلا ثلث المحصول ،

---

(١) منصور مصطفى منصور فقرة ١٤ ص ٣٦ .

(٢) محمد حامد فهمى فى التنفيذ فقرة ٣٥٢ – شفيق شحاتة فقرة ١٢٥ ص ١١٤ .

أما الثلثان فيكونان من نصيب الراهن . ونستند فى هذا الرأى إلى أنه لا مبرر للتفرقة بين الثمار المدنية والثمار الطبيعية أو المستحدثة فى هذا الصدد ، وإلى أنه ما دامت هذه الثمار الطبيعية أو المستحدثة بقيت فى الأرض مدة قبل التسجيل أو الإنذار فإن ما يقابل هذه المدة منها يكون من حق الراهن . وهذا ما تنص عليه المادة ١٠٣٧ مدنى ، فهى تقول : « يترتب على تسجيل تنبيه نزع الملكية أن يلحق بالعقار ما يغله من ثمار وإيراد عن المدة التى أعقبت التسجيل . . . »[١] .

١٦١ — رهن المبانى القائمة على أرض الغير رهنا رسميا — نص قانونى :

تنص المادة ١٠٣٨ مدنى على ما يأتى :

« يجوز لمالك المبانى القائمة على أرض الغير أن يرهنها ، وفى هذه الحالة يكون للدائن المرتهن حق التقدم فى استيفاء الدين من ثمن الأنقاض إذا هدمت المبانى ، ومن التعويض الذى يدفعه مالك الأرض إذا استبقى المبانى وفقاً للأحكام الخاصة بالالتصاق »[٢] .

---

(١) انظر فى هذا المعنى عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٢٢٨ ص ٣٤٦ — محمد على إمام فقرة ١٧٢ ص ٢٧٠ — جمال الدين زكى ص ٢٢٦ — شمس الدين الوكيل فقرة ٥٢ ص ١٦٧ — سليمان مرقس فقرة ٣٥ ص ٥٣ — عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٥٨ ص ٨١ — أحمد سلامة فقرة ٦١ ص ١٩٨ — منصور مصطفى منصور فقرة ١٤ ص ٣٦ — ص ٣٧ — سمير تناغو فقرة ١٧ ص ٥٤ — ص ٥٥ — وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « ولا يلحق بالعقار من الثمار إلا بقدر المدة التى أعقبت التسجيل » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٧) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٤٤٥ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت لجنة المراجعة على النص ، تحت رقم ١١٣٣ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١١٩ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٨ — ٢٩) .

التقنين المدنى السابق : لا مقابل .

ويؤخذ من هذا النص أنه يجوز لشخص غير مالك الأرض أن يقيم على الأرض مبانى يتملكها ، فتكون الأرض مملوكة لشخص والمبانى مملوكة لشخص آخر . نفرض مثلا أن مستأجراً للأرض أو صاحب حق انتفاع أو مجرد حائز حصل من صاحب الأرض على الحق فى إقامة منشآت فى الأرض على أن تبقى هذه المنشآت ملكه . فإذا انقضت المدة المتفق عليها كان لمالك الأرض أن يستبقى المبانى التى يتملكها بموجب حق الالتصاق ويعطى لصاحب المبانى التعويض المتفق عليه أو التعويض الذى يحدده القانون طبقاً لقواعد الالتصاق . أو أن يطالب من صاحب المبانى هدمها وأخذ أنقاضها أو بيع هذه الأنقاض . وقد نصت المادة ٩٢٢ مدنى على هذا الحكم ، فهى تقول : « ١ — كل ما على الأرض أو تحتها من بناء أو منشآت أخرى يعتبر من عمل صاحب الأرض ، أقامه على نفقته ، ويكون مملوكاً له . ٢ — ويجوز مع ذلك أن يقام الدليل على أن أجنبياً قد أقام هذه المنشآت على نفقته ، كما يجوز أن يقام الدليل على أن مالك الأرض قد خول أجنبياً ملكية منشآت كانت قائمة من قبل ، أو خوله الحق فى إقامة هذه المنشآت وتملكها » . فيجوز إذن أن يكون لأجنبى على أرض الغير مبان ومنشآت ، يملكها تحت شرط فاسخ . فإذا انقضى الميعاد المتفق عليه ووجب خروج الأجنبى من الأرض ، كان لمالك الأرض الحق فى تملك المبانى بالالتصاق على أن يدفع لصاحب المبانى التعويض المتفق عليه أو التعويض الذى حدده القانون فى حالة التملك بالالتصاق ، أو الحق فى أن يطالب من صاحب المبانى هدمها وأخذ الأنقاض أو بيعها . وفى هذه الحالة يكون المستأجر أو صاحب حق الانتفاع أو الحائز مالكاً للمبانى ، إلى أن يستعمل صاحب الأرض حق حيازة . فالمبانى إذن تكون عقاراً مملوكاً لشخص غير مالك الأرض . وعلى ذلك يجوز لصاحب المبانى أن يتصرف فيها كعقار ، وأن يرهنها رهناً رسمياً . وفى هذا تقول العبارة الأولى من المادة ١٠٣٨ مدنى سالفة الذكر :

« يجوز لمالك المبانى القائمة على أرض الغير أن يرهنها . . . »[١] .

فإذا رهن المبانى صاحبها رهناً رسمياً ، وحل الدين المضمون بالرهن قبل أن يستعمل صاحب الأرض خياره ، كان لصاحب المبانى أن يفى بالدين ، وإلا نزع الدائن المرتهن ملكيته المبانى المرهونة لاستيفاء دينه من ثمنها[٢] . وقد يبيع صاحب المبانى مبانيه وهى مرهونة ، فيجوز للدائن المرتهن أن يتتبع المبانى وهى فى يد الحائز ، وينفذ عليها بدينه كما يفعل أى دائن مرتهن بالنسبة إلى العقار المرهون إذا باعه صاحبه إلى حائز[٣] .

أما إذا استعمل صاحب الأرض حق خياره قبل حلول أجل الدين المضمون بالرهن ، فإن استبقى المبانى وجب عليه دفع التعويض المتفق عليه أو الذى حدده القانون وفقاً للأحكام الخاصة بالالتصاق (م ٩٢٥ — ٩٢٦ مدنى و م ٥٩٢ للمستأجر) . وفى هذه الحالة يكون للدائن المرتهن على هذا التعويض حق التقدم ، بما له من حق الرهن على المبانى وحلول تعويض كل المبانى حلولا عينياً . أما إذا طلب صاحب الأرض إزالة المبانى ، فأزالها من بناها وباع الأنقاض ، فإن الدائن المرتهن يكون له حق

---

(١) نقض فرنسى ١٩ يوليه سنة ١٨٩٣ داللوز ٩٣ — ١ — ٦٠٣ — ١٩ يونيه سنة ١٨٩٥ سيريه ٩٦ — ١ — ٢٩٥ — استئناف مختلط ٢٨ مايو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٥١٢ — أوبرى ورو ٢ فقرة ١٦٤ ص ٦ وفقرة ٢٢٣ ص ٦٢٧ و ٣ فقرة ٢٥٩ هامش ٥ — بودرى ودى لوان ٢ فقرة ١٣٠١ (١) — بيدان وفواران فقرة ٣٧٨ — بلانيول وريبير وبيكيه ١٢ فقرة ٣٠٦٨ ص ٤٠٤ — شمس الدين الوكيل فقرة ٤٨ ص ١٤٢ — منصور مصطفى منصور فقرة ١٩ ص ٤٨ وهامش ١ — سمير تناغو فقرة ٢٤ ص ٧٨ .

(٢) بودرى ودى لوان ٢ فقرة ١٣٠٠ — بلانيول وريبير وبيكيه ١٢ فقرة ٣٦٨ ص ٤٠٥ — سمير تناغو فقرة ٢٤ ص ٧٨ — سليمان مرقس فقرة ٥١ .

(٣) بلانيول وريبير وبيكيه ١٢ فقرة ٣٦٨ ص ٤٠٥ — سمير تناغو فقرة ٢٤ ص ٧٨ .

التقدم على ثمن الأنقاض إذ حلت محل المبانى حلولا عينياً ، فكان للدائن المرتهن حق التقدم فى ثمنها[١] .

وليس فيما قدمناه إلا تطبيق للقواعد العامة فى رهن صاحب العقار عقاره وفى التملك بموجب حق الالتصاق . وعلى ذلك يجوز لصاحب المبانى رهنها على الوجه الذى قدمناه ، ومتى عينها تعييناً دقيقاً كان هذا تخصيصاً للرهن من ناحية العقار المرهون .

وقد نصت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى على الأحكام التى تقدم ذكرها . فهى تقول : « إذا رهن المبانى صاحبها يقع الرهن عليها محدداً بحقوقه . ليبقى الرهن ما بقيت المبانى قائمة ولم تنتقل ملكيتها بالالتصاق إلى صاحب الأرض . فإذا انتقلت الملكية بالالتصاق ، انتقل الرهن إلى التعويض المستحق لصاحب المبانى . وإذا نزعت المبانى فى الحالات التى يجوز فيها ذلك ، كان للمرتهن حق على ثمن الأنقاض . وهذه حالة من حالات الحلول العينى نص عليها المشروع[٢] » .

§ ٢ – تخصيص الرهن من حيث الدين المضمون

١٦٢ – وجوب تحديد الدين المضمون تحديدا دقيقا : تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « يجب أن يكون الدين المضمون محدداً تحديداً دقيقاً . وهذا هو الشطر الثانى من مبدأ تخصيص الرهن »[٣] . فلا يكفى إذن ،

---

(١) بودرى ودى لوان ٢ فقرة ١٣٠١ – پلانيول وريپير وبيكيه ١٢ فقرة ٣٦٨ ص ٤٠٥ – سمير تناغو فقرة ٢٤ ص ٧٩ – شمس الدين الوكيل فقرة ٤٨ ص ١٤٤ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٨ – ويميز الفقهاء فى مصر بين ما إذا كان الدين مستحق الأداء وقت استبدال المقابل بالمبانى فنكون أمام حق تقدم بموجب حق الرهن نفسه ، وبين ما إذا لم يكن الدين مستحق الأداء إلا بعد ذلك فنكون بصدد حلول عينى للمقابل الذى استحق محل العقار المرهون (منصور مصطفى منصور فقرة ١٩ ص ٤٩ – سمير تناغو فقرة ٢٤ ص ٨٠ – وقارن شمس الدين الوكيل فقرة ٤٨ ص ١٤٥ هامش ١) .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٣٢ .

حتى يكون الرهن الرسمي مخصصاً ، تخصيصه من ناحية العقار المرهون ، بل يجب أيضاً تخصيصه من ناحية الدين المضمون . ذلك لأن الدين المضمون هو الأصل ، والرهن ليس إلا تأميناً لهذا الدين . فوجب إذن تحديد الأصل وهو الدين المضمون ، كما حددنا التابع وهو العقار المرهون[١] .

والرهن لا يتجزأ ، ومبنى عدم قابلية الرهن للتجزئة كما قدمنا[٢] هو أن كل جزء من الدين المضمون يكون مكفولا بكل الرهن ، وأن كل جزء من العقار المرهون يكفل كل الدين .

ولا ينفصل الرهن عن الدين المضمون ، بل هو تابع له فى صحته وانقضائه .

وعلى ذلك نبحث المسائل الآتية : (١) كيفية تحديد الدين المضمون . (٢) عدم قابلية الرهن للتجزئة . (٣) عدم انفصال الرهن عن الدين المضمون .

١٦٣ — *كيفية تحديد الدين المضمون — نص قانونى* : تنص المادة ١٠٤٠ مدنى على ما يأتى :

« يجوز أن يترتب الرهن ضماناً لدين معلق على شرط أو دين مستقبل أو دين احتمالى ، كما يجوز أن يترتب ضماناً لاعتماد مفتوح أو لفتح حساب جار ، على أن يتحدد فى عقد الرهن مبلغ الدين المضمون أو الحد الأقصى الذى ينتهى إليه هذا الدين »[٣] .

---

(١) بل إن تخصيص الرهن الرسمي من ناحية الدين المضمون أهم من تخصيصه من ناحية العقار المرهون ، فهما رهن الشخص من عقارات لم يكن رهنه ذا بال إذا كان الدين المضمون قليلا محددا (بيدان وڤواران ١٤ فقرة ٨١٣ وما بعدها — كولان وكاپيتان ٢ فقرة ١٧٦٠ — جوسران ٢ فقرة ١٦٨٤ — پلانيول وريپير وبيكيه ١٢ فقرة ٤١٦ وما بعدها — سمير تناغو فقرة ١٩ ص ٥٩ — ص ٦٠ — محمد على إمام ص ٢٧٢ — شمس الدين الوكيل فقرة ٥٠ ص ١٤٧ — منصور مصطفى منصور فقرة ١٦ .

(٢) انظر فقرة ١٢٠ .

(٣) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٤٤٨ من المشروع التمهيدى ، على وجه —

وهذا النص إنما يتكلم عن ديون قد يظن أنها لا تحمل قدراً كافياً من التحديد ، كالديون المستقبلة والديون الاحتمالية ، ولكنه وضع قاعدة لتحديدها بتعيين الحد الأقصى الذى ينتهى إليه الدين . ونرى من ذلك أن الدين المضمون لا بد أن يكون محدداً كافياً حتى يكون الرهن مخصصاً من ناحيته ، وإلا كان عقد الرهن باطلا لعدم التخصيص .

فلا يجوز أن يعقد رهن رسمى لضمان كل الديون التى تثبت فى ذمة المدين ، سواء فى أية مدة أو فى مدة معينة ، ما دامت الديون نفسها لم تعين كل دين على حدة من ناحية المقدار والمصدر[1] . كذلك لا يجوز أن يمتد الرهن الرسمى لضمان أى دين آخر لم يعين مقداره ولا مصدره يثبت فى ذمة المدين بعد الدين المضمون بالرهن[2] .

ويتحدد الدين المضمون بأمرين :

(١) بمقداره ، فيحدد هذا المقدار إذا كان ديناً معيناً ، من رأس مال وفوائد ومتى يبدأ سريان الفوائد . ويستوى فى ذلك الدين المنجز والدين المؤجل والدين المعلق على شرط ، فهذه كلها ديون يمكن ضمانها بالرهن

= مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت لجنة المراجعة على النص ، تحت رقم ١١٣٥ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١٢١ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٤٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٣٢ – ص ٣٤) .

التقنين المدنى السابق م ٥٦٠ / ٦٨٤ : العقارات المرهونة يجب تعيينها تعييناً كافياً جنساً ومحلا فى عقد الرهن المتفق عليه وإلا كان الرهن لاغياً ، وكذلك يجب تعيين مقدار الدين فى العقد .

٥٦١ / ٦٨٥ : الرهن العقارى الواقع تأميناً لمبلغ موعود بإقراضه يأخذه المستقرض ديناً فشيئاً منه الاقتضاء ، أو تأميناً لحساب جار بين المتعاملين ، يكون صحيحاً إذا تحددت غاية المبلغ الذى ينتهى الأخذ أو الحساب الجارى .

(١) بلانيول وريبير وبيكيه ١٢ فقرة ٤١٦ ص ٤٤٩ .

(٢) نقض فرنسى ٢٣ مارس سنة ١٨٧٤ داللوز ٧٤ – ١ – ٣١٦ – ٦ فبراير سنة ١٩٣٩ داللوز ١٩٣٩ – ١ – ٥٣ – بلانيول وريبير وبيكيه ١٢ فقرة ٤١٦ ص ٤٤٩ .

الرسمي[1] . وإذا كان الدين مستقبلا كاعتماد مفتوح فى مصرف لم يسحب منه المدين شيئاً ، أو كان ديناً احتمالياً كفتح حساب جار يحتمل أن يكون رصيده مديناً أو يكون دائناً فإذا كان الرصيد فيما بعد رصيداً مديناً كان هذا الدين منذ البداية ديناً احتمالياً ، كان تحديد مقداره فى عقد الرهن بتحديد حد أقصى ينتهى إليه الدين وفى هذا تقول المادة ١٠٤٠ مدنى سالفة الذكر بأن يتحدد فى عقد الرهن « الحد الأقصى الذى ينتهى إليه هذا الدين »[2] . فإذا عين الحد الأقصى للدين والمدة التى ينعقد فيها الدين ، وجب التقيد بذلك . فما انعقد من الدين فى المدة المتفق عليها يكون مضموناً بالرهن الرسمى ، بشرط ألا يجاوز الحد الأقصى المبين[3] . وإذا كان الدين المضمون بالرهن هو تعويض عن عمل غير مشروع لم يتحدد مقداره ، وجب تعيين العناصر المعروفة لمقدار هذا التعويض حتى يصبح هذا المقدار معروفاً بقدر الإمكان . أما فى القيد ، فيجب تحديد مبلغ تقريبى ينتهى إليه الدين ، وهذا المبلغ هو الذى يطلع عليه الغير ويحتج عليه به[4] .

---

(١) والدين المعلق على شرط قد يكون مقداره معروفاً ، وفى هذه الحالة يجب ذكره فى العقد الرسمى ، وذلك بخلاف الدين المستقبل والدين الاحتمالى ، فهذه ديون يكون مقدارها عادة غير معروف (بلانيول وريبير وبيكيه فقرة ٤١٧ ص ٤٥١ – أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٦٦ هامش ٥٧ – بودرى ودى لوان ٢ فقرة ١٤٠٢ – بيدان وڤواران فقرة ٨١٥ – كولان وكابيتان ٢ فقرة ١٧٦٠) .

(٢) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « يجب أن يكون الدين المضمون محدداً تحديداً دقيقاً ، وهذا هو الشطر الثانى من مبدأ تخصيص الرهن . على أن تحديد الدين لا يمنع من أن يكون معلقاً على شرط أو يكون ديناً مستقبلا أو ديناً احتمالياً ، وتطبيقاً لذلك يجوز أن يكون الدين اعتماداً مفتوحاً وهذا هو الدين المستقبل ، أو حساباً جارياً وهذا هو الدين الاحتمالى ، ولكن يجب فى كل حال أن يتحدد مبلغ الدين المضمون ، فإن لم يمكن تحديده وجب أن يعين حد أقصى ينتهى إليه » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٣٣) . وانظر نقض فرنسى ٣ فبراير سنة ١٩٢٧ داللوز الأسبوعى ١٩٣٧ – ١٧٧) .

(٣) وتكون مرتبة الرهن من يوم قيده ، لا من يوم تحقق الدين (استئناف مختلط ٢٢ يونيه سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٣٨٢ – سليمان مرقس فقرة ٥٩ ص ١٠٦) .

(٤) أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٦٦ ص ٣٨٦ – بودرى ودى لوان ٢ فقرة ١٤٠٠ – –

(٢) وبمصدر الدين ، فيجب إلى جانب تحديد مقدار الدين تحديد مصدره أيضاً ، هل هو عقد وأى عقد يكون أو هو عمل غير مشروع أو إثراء بلا سبب أو إرادة منفردة أو هو القانون . فقد يكون الدين المضمون ثمناً فى عقد بيع أو قرضاً أو إيراداً مدى الحياة أو شرطاً (charge) فى عقد هبة أو التزاماً بعمل أو تعويضاً عن عمل مشروع ، وقد يكون ديناً معلقاً على شرط أو مضافاً إلى أجل أو منجزاً ، كما قد يكون ديناً مستقبلا أو ديناً احتمالياً ، وهكذا تتنوع الديون بتنوع مصادرها[1] .

وتحديد الدين المضمون على الوجه السالف الذكر يبرره مصلحة الغير ومصلحة المدين نفسه . فكل دين غير محدد بالنسبة إلى مقداره أو بالنسبة إلى مصدره قد يصل إلى مبلغ كبير ، فيرى الغير من دائن مرتهن تال أو مشتر للعقار المرهون فى النهاية أن الدين الذى يضمنه العقار بلغ حداً كبيراً ، وهذا الدين يسبقه أو يلتزم بدفعه إذا لم يطهر العقار . وكذلك فى الدين غير المحدد ، لا يتمكن المدين أن يعرف ما المقدار الذى يجب عليه دفعه ، وقد يصل إلى مبلغ كبير لا يستطيع الوفاء به ولا يكفيه العقار المرهون[2] .

وجزاء عدم تحديد الدين المضمون بالرهن الرسمى هو بطلان عقد

= ١٤٠١ - كولان وكابيتان ٢ فقرة ١٧٦٠ - پلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٣٧٠١ - پلانيول وريبير وبيكيه ١٢ فقرة ٤١٧ ص ٤٥١ .

(١) نقض فرنسى ٦ فبراير سنة ١٩٣٩ دالوز ١٩٣٩ - ١ - ٥٣ - بودرى ودى لوان ٢ فقرة ١٤٠٠ - بيدان وڤواران فقرة ٨١٦ - پلانيول وريبير وبيكيه ١٢ فقرة ٤١٧ ص ٤٥٠ - شمس الدين الوكيل فقرة ٥٠ ص ١٤٨ - ص ١٤٩ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٦ ص ٤١ - سمير تناغو فقرة ١٩ ص ٦١ .

(٢) بودرى ودى لوان ٢ فقرة ١٣٩٩ - بيدان وڤواران فقرة ٨١٣ وفقرة ٨١٨ - پلانيول وريبير وبيكيه ٢ فقرة ٤١٦ ص ٤٥٠ - پلانيول وريبير وبولانچيه ٢ فقرة ٣٦٩٩ - كولان وكابيتان ٢ فقرة ١٧٦٠ - جوسران ٢ فقرة ١٦٨٤ .

الرهن الرسمى نفسه ، لعدم تخصيص الرهن من ناحية الدين المضمون . وفى ذلك تقول المادة ٢١٣٢ مدنى فرنسى إن « الرهن الرضائى لا يكون صحيحاً إلا إذا كان . . . » . والبطلان هنا بطلان مطلق ، ويستطيع أن يتمسك به كل ذى مصلحة . فيتمسك به المدين والدائن المرتهن وورثة كل منهما أو الخلف الخاص ، والدائنون المرتهنون المتأخرون فى المرتبة ، وحائز العقار المرهون[1] .

١٦٤ – عدم قابلية الرهن للتجزئة – نص قانونى : تنص المادة ١٠٤١ مدنى على ما يأتى :

« كل جزء من العقار أو العقارات المرهونة ضامنة لكل الدين ، وكل جزء من الدين مضمون بالعقار أو العقارات المرهونة كلها ، ما لم ينص القانون أو يقض الاتفاق بغير ذلك »[2] .

وقد سبق[3] أن أوجزنا أن الرهن الرسمى غير قابل للتجزئة بالنسبة إلى العقار المرهون ، وبالنسبة إلى الدين المضمون . ونعرض الآن لعدم قابلية الرهن للتجزئة ، فى شىء من التفصيل . فالرهن الرسمى ، بطبيعته ، غير قابل للتجزئة[4] . ولكن ذلك لا يعنى أنه يكون دائماً غير قابل للتجزئة ،

---

(٢) پلانيول وريپير وبيكيه ٢ فقرة ٤١٨ – پلانيول وريپير وبولانچيه ٢ فقرة ٣٧٠٣ – كولان وكاپيتان ٢ فقرة ١٧٦٥ .

(٣) تاريخ النص : ورد النص فى المادة ١٤٤٩ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة ، تحت رقم ١١٣٦ فى المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١٢٢ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٤١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٣٤ – ٣٦) .

التقنين المدنى السابق م ٥٦٤ / ٦٨٨ : الرهن يشمل جميع أجزاء العقار المرهون بغير تعيين حصة منه وجميع ملحقاته وما يحدث فيه من الإصلاحات والأبنية التى تعود منفعتها على مالكها ، إلا إذا وجد شرط يخالف ذلك .

(٤) انظر آنفاً فقرة ١٢٠ .

(٥) أوبرى ورو على فقرة ٢٨٤ ص ٥٦١ – ص ٥٦٢ – بودرى ودى لوان ٢ =

فإن العبارة الأخيرة من نص المادة ١٠٤١ مدنى سالفة الذكر تقول : « ما لم ينص القانون أو يقض الاتفاق بغير ذلك » . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « على أن قاعدة عدم تجزئة الرهن ليست من النظام العام ، فقد يتفق المتعاقدان على تجزئته فى عقد الرهن نفسه أو بعد العقد ، وقد يقضى بتجزئته نص فى القانون كما هو الأمر فى تطهير العقار من الرهن »[1] . فى تطهير العقار من الرهن ، يجوز للحائز أن يطهر العقار من الرهن فيوجه إلى الدائن المرتهن إعلاناً يشتمل على بيانات معينة منها المبلغ الذى يقدره الحائز قيمة للعقار ، ويذكر فى الإعلان أنه مستعد أن يوفى الدين المضمون إلى القدر الذى قوم به العقار . ويجوز للدائن المرتهن أن يطلب بيع العقار ، فيتم البيع . وإذا لم يطلب بيع العقار ، استقرت ملكية العقار نهائياً للحائز خالصة من الرهن إذا هو دفع المبلغ الذى قوم به العقار للدائن المرتهن . وقد يكون المبلغ الذى يرسو به المزاد فى العقار أو المبلغ الذى يدفعه الحائز لا يكفى لوفاء الدين المضمون بالرهن ، ومع ذلك يطهر العقار من الرهن ، ويصبح الرهن قابلا للتجزئة على هذا النحو بنص فى القانون (انظر م ١٠٦٤ — ١٠٧٠ مدنى) . ويجوز كذلك أن يتفق الراهن والدائن المرتهن ، عند عقد الرهن الرسمى أو بعده ، على أن يكون الرهن قابلا للتجزئة ، فيخصص جزء من الدين المضمون لجزء من العقار أو العقارات المرهونة ، ويصبح هذا الجزء من العقارات هو المرهون فى هذا الجزء من الدين المضمون ، وبذلك يصبح الرهن قابلا للتجزئة بناء على هذا الاتفاق .

وعدم قابلية الرهن للتجزئة إنما يرجع إلى مصلحة الدائن المرتهن ، وقد أقامه القانون رعاية لهذه المصلحة . وإلا فان الرهن يمكن أن يتجزأ

= فقرة ٨٩٧ وما بعدها — بيدان وڤواران فقرة ٣٠٧ وما بعدها — كولان وكابيتان ٢ فقرة ١٦٦٢ — جوسران ٢ فقرة ١٦٤٧ — بلانيول وريبير وبيكيه ١٢ فقرة ٣٣٩ .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٣٥ .

لو لم توجد هذه المصلحة . فيمكن مثلا أن ينحل الرهن عن العقار أو العقارات المرهونة بقدر ما ينقضى من الدين ، فيتخلص نصف العقار المرهون من الرهن بانقضاء نصف الدين ، وهكذا . ولكن القانون جعل الرهن غير قابل للتجزئة ، بحيث إذا لم يتفق الراهن مع الدائن المرتهن على تجزئته أو لم يتنازل الدائن المرتهن عن عدم التجزئة ، أصبح الرهن غير قابل للتجزئة لأن هذا هو فى مصلحة الدائن المرتهن ويفرض القانون أن هذا هو ما أراده المتعاقدان إلا إذا اتفقا على غير ذلك[1] . ولما كان عدم قابلية الرهن للتجزئة ليس من جوهر (essence) الرهن بل هو من طبيعته (nature) ، لذلك يجوز للدائن المرتهن بعد انقضاء الرهن أن ينزل عن عدم قابليته للتجزئة لأن عدم قابليته الرهن للتجزئة من حقه هو فيجوز له أن ينزل عنه . فإذا كان هناك مثلا عقاران مرهونان ضماناً لوفاء دين ، ووفى المدين نصف الدين ، جاز للدائن المرتهن أن ينزل عن الرهن فى أحد العقارين المرهونين ، ويستبقى الرهن فى العقار الآخر ضماناً لوفاء نصف الدين الباقى . ويجوز كذلك بعد انعقاد الرهن وقبل استيفاء الدائن المرتهن بشىء من حقه ، أن ينزل هذا الدائن عن حقه فى عدم قابلية الرهن للتجزئة ، ويرضى بحل الرهن عن أحد العقارين إذا وفى المدين جزءاً من الدين بقابل هذا العقار[2].

والدين المضمون يبقى قابلا للتجزئة ، بالرغم من أنه مضمون برهن رسمى غير قابل للتجزئة . فإذا مات الدائن المرتهن عن ثلاثة من الورثة ، ورث كل منهم نصيبه فى الدين فيتجزأ الدين عليهم ، ويبقى الرهن غير قابل للتجزئة . فيجوز لأى وارث أن يطالب الراهن بنصيبه من الدين ، وأن يستعمل حقه فى الرهن على جميع العقار أو العقارات المرهونة لأن الرهن

---

(١) بودرى ودى لوان ٢ فقرة ٩٠٠ .

(٢) نقض فرنسى ١٩ ديسمبر سنة ١٩١١ داللوز ١٩١٣ - ١ - ٥٠٥ - بودرى ودى لوان ٢ فقرة ٩٠٠ - بيدان وفواران فقرة ٣١١ - بلانيول وريبير وبيكيه فقرة ٣٤٢ .

غير قابل للتجزئة . ولا يجوز للمدين ، بدعوى أن الرهن غير قابل للتجزئة ، أن يطلب اتفاق جميع ورثة الدائن المرتهن لقبض جميع الدين ، بل يجب أن يدفع للوارث نصيبه من الدين ، وأن يدفع الأنصبة الأخرى للورثة الآخرين[١] .

وهذا الارتباط ما بين العقار المرهون والدين المضمون . المبنى على عدم قابلية الرهن للتجزئة ، له معنيان :

(المعنى الأول) أن أي جزء من الدين مضمون بكل العقار المرهون ، فلو وفى المدين ثلاثة أرباع الدين مثلا وبقى الربع ، فإن هذا الربع يبقى مضموناً بكل العقار المرهون ، ولا يتخلص ثلاثة أرباع هذا العقار من الرهن[٢] . فلو باع المدين فى هذه الحالة كل العقار المرهون ، انتقل العقار إلى المشترى مرهوناً كله فى ربع الدين ، ويجوز للدائن المرتهن أن يتتبع العقار المرهون فى يد المشترى وأن ينفذ عليه بربع الدين الباقى إلا إذا اختار المشترى تطهير العقار . وقد سبق[٣] أن قررنا أن دعوى الرهن لا تتجزأ بالنسبة إلى الدين المضمون ، فإذا انقضى جزء من الدين المضمون فإن العقار الضامن يبقى كله ضامناً لما بقى من الدين . وإذا مات الدائن المرتهن وورثه ثلاثة أشخاص بأنصبة متساوية ، فإن كل وارث يكون له ثلث الدين المضمون ولكنه يستطيع أن ينفذ بحقه كدائن مرتهن على كل العقار المرهون . وإذا مات المدين الراهن عن ثلاثة من الورثة بأنصبة متساوية ، فى القانون الفرنسى حيث يورث الدين عن المدين يكون كل وارث مسئولا عن ثلث

---

(١) بون ١ فقرة ٣٣٣ – جيوار ٢ فقرة ٦٣٩ – بودرى ودى لوان ٢ فقرة ٩٠١ – نقض فرنسى ٩ نوفبر سنة ١٨٤٨ داللوز ٤٨ – ١ – ٤٩ .

(٢) وفى هذا تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « فلو وفى المدين الجزء الأكبر من الدين ، فإن كل العقار أو العقارات المرهونة تبقى مع ذلك ضامنة للجزء الباقى ، ولا تتخلص من الرهن بنسبة ما وفى من الدين » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٣٥) .

(٣) انظر آنفاً فقرة ١٢٠ .

الدين ، ولكن إذا انتقل إليه العقار المرهون كله جاز للدائن المرتهن أن ينفذ على العقار بكل الدين . ويكون للوارث الرجوع على الوارثين الآخرين كل منهما بقدر نصيبه فى الدين .

(والمعنى الثانى) أن أى جزء من العقار أو العقارات المرهونة ضامن لكل الدين ، فلو أن المرهون عقاران ، فإن الدائن المرتهن يستطيع باعتباره دائناً مرتهناً أن ينفذ بكل الدين على أى عقار منهما . فإذا استوفى حقه من هذا العقار برئت ذمة المدين وتخلص العقار الآخر من الرهن . وإذا باع المدين الراهن أحد العقارين ، كان هذا العقار مرهوناً فى كل الدين ، وجاز للدائن المرتهن أن يتتبع العقار فى يد المشترى وينفذ عليه بكل الدين لا بجزء من الدين يتناسب مع العقار المبيع ، ما لم يختر المشترى أن يطهر العقار[1] . وقد سبق[2] أن قررنا أنه إذا فرض أن العقار المرهون انتقل إلى ورثة مالكه ، فان الجزء من العقار الذى يملكه كل وارث يبقى مرهوناً فى كل الدين ، ولا يجوز شطب الرهن عن هذا الجزء بعد سداد نصيب الوارث من الدين ، بل إن الرهن لا يشطب إلا بعد سداد الدين كله . وإذا فرض أن عقارات متعددة قد رهنت فى دين واحد ، فإن كل عقار منها يبقى مسئولا عن كل الدين ، ولا يكفى وفاء ما يقابل هذا العقار من الدين حتى يتخلص العقار من الرهن .

ويتبين مما تقدم أنه إذا رهن عقاران فى دين واحد ، جاز للدائن المرتهن أن يختار عقاراً منهما فينفذ عليه بحقه كله . فلا يكون هذا الدائن المرتهن مجبراً

---

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « أى جزء من العقار المرهون ضامن لكل الدين ، فلو باع الراهن جزءاً من العقار المرهون أو أحد العقارات المرهونة ، كان للدائن المرتهن أن يرجع بكل الدين على العقار المبيع فى يد الحائز ، ولا يقتصر على الجزء من الدين الذى يتناسب مع قيمة هذا العقار » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٣٥) .

(٢) انظر آنفاً فقرة ١٢٠ .

على أن يقسم الدين الذى له على العقارين ، وأن ينفذ على كل عقار بنصيبه فى هذا الدين . ويجوز للدائن المرتهن أن يختار ، كما قدمنا ، أى عقار للتنفيذ عليه بالحق كله ، حتى لو أضر هذا الاختيار بالدائنين المرتهنين المتأخرين فى المرتبة على هذا العقار . وذلك بشرط ألا يستعمل الدائن المرتهن حق الاختيار هذا بنية الإضرار بالدائنين المرتهنين المتأخرين ، أو دون أن تكون له مصلحة مشروعة فى هذا الاختيار ، وإلا كان متعسفاً فى استعمال حقه[1] .

١٦٥ — عدم انفصال الرهن عن الدين المضمون — نص قانونى :

تنص المادة ١٠٤٢ مدنى على ما يأتى :

« ١ — لا ينفصل الرهن عن الدين المضمون ، بل يكون تابعاً له فى صحته وفى انقضائه ، ما لم ينص القانون على غير ذلك » .

« ٢ — وإذا كان الراهن غير المدين ، كان له ، إلى جانب تمسكه بأوجه الدفع الخاصة به ، أن يتمسك بما للمدين التمسك به من أوجه الدفع المتعلقة بالدين ، ويبقى له هذا الحق ولو نزل عنه المدين »[2] :

وهذا النص يجعل الرهن الرسمى حقاً تابعاً للدين المضمون : فلا ينفصل

---

(١) نقض فرنسى ٩ مايو سنة ١٩٠٥ داللوز ١٩٠٩ — ١ — ٢٢٥ — بوردو ٨ أبريل سنة ١٩٠٨ داللوز ١٩١١ — ٢ — ٣٧٧ — بلانيول وريبير وبيكيه ١٢ فقرة ٣٤٠ ص ٣٨٦ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٤٥٠ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا بعض تعديلات لفظية . وقد أدخلت لجنة المراجعة تعديلات لفظية على النص ، فأصبح مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، ووافقت عليه اللجنة تحت رقم ١١٣٧ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١٢٣ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٤٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٣٦ — ص ٣٧) .

التقنين المدنى السابق : لا مقابل .

من هذا الدين ، بل يسير معه وجوداً وعدما . والنص فى الوقت ذاته يجعل للكفيل العينى (الراهن غير) المدين الحق فى أن يتمسك بأوجه الدفع المتعلقة بالدين ، إلى جانب الدفوع الخاصة به .

أما أن حق الرهن الرسمى حق تابع للدين المضمون ، فقد سبق[١] أن قررنا أن الرهن الرسمى لا يقوم إلا بقيام الدين المضمون . فلا بد أن يكون هذا الدين التزاماً مدنياً صحيحاً ، حتى يكون الرهن الرسمى صحيحاً . أما إذا كان الدين المضمون باطلا أو قابلا للإبطال أو للنقض ، فإن الرهن الرسمى يختفى باختفاء الدين المضمون . وإذا انتهى الدين المضمون بالوفاء أو بأية طريقة أخرى من طرق الانقضاء ، فإن الرهن الرسمى ينتهى بانتهاء الدين . فالرهن الرسمى إذن تابع للدين المضمون ، فيبطل كلما بطل هذا الدين ، وينقضى بمجرد انقضاء الدين . وعلى ذلك إذا كان الدين المضمون باطلا لعيب فى الشكل أو لانعدام الرضاء أو لعدم توافر شروط المحل أو لعدم مشروعية السبب ، كان الرهن الرسمى باطلا مثله . ولكل ذى مصلحة أن يتمسك بهذا البطلان ، فيتمسك به المدين الراهن وخلفه العام وخلفه الخاص ، وكل دائن مرتهن متأخر فى المرتبة ، وكل حائز للعقار المرهون . وللمدين الراهن أن يتمسك بإبطال عقد الرهن ، إذا كان الدين المضمون قابلا للإبطال لعيب فى الرضاء أو لنقص فى الأهلية[٢] . وكذلك يجوز للمدين الراهن أن يتمسك بانقضاء الدين المضمون ، فيكون الرهن قد انقضى كانقضاء الدين . فإذا انقضى الدين بالوفاء أو بالوفاء بمقابل أو بالتجديد أو بالمقاصة أو باتحاد الذمة أو بالإبراء أو باستحالة التنفيذ أو بالتقادم ، جاز للراهن أن يتمسك بانقضاء الرهن تبعاً لانقضاء الدين . وفى هذا تقول الفقرة الأولى من المادة ١٠٤٢ مدنى كما رأينا : « لا ينفصل الرهن عن

---

(١) انظر آنفاً فقرة ١١٩ .

(٢) بودرى ودى ٢ فقرة ٩٠٢ .

الدين المضمون ، بل يكون تابعاً له فى صحته وفى انقضائه ، ما لم ينص القانون على غير ذلك »[١] . ومما نص القانون عليه من بقاء الرهن مع انقضاء الدين المضمون دعوى الحلول ، فيجوز لشخص أن يفى بالدين فينقضى ، ويحل محل الدائن المرتهن حلولا قانونياً أو اختياريا ، فيرجع على الراهن بدعوى الرهن التى حل فيها محل الدائن المرتهن [٢].

وأما أن للكفيل العينى الحق فى أن يتمسك بأوجه الدفع المتعلقة بالدين إلى جانب الدفوع الخاصة به ، فذلك واضح . ذلك أنه ما دام المدين الراهن يستطيع أن يتمسك بأوجه الدفع المتعلقة بالدين ، كأن يكون الدين باطلا أو قابلا للإبطال أو منقضياً ، كذلك يجوز للراهن ولو لم يكن هو المدين أن يتمسك بأوجه الدفع هذه ، فان الرهن الواقع على عقاره تابع للدين ، فيكون باطلا أو قابلا للإبطال أو منقضياً بحسب الدين نفسه . وللكفيل العينى أن يتمسك بأوجه الدفع هذه ، حتى لو نزل عنها المدين . فإذا كان الدين قابلا للإبطال للغلط مثلا ، ونزل المدين عن التمسك بإبطال الدين ، فإن النزول لا يمنع الكفيل العينى من التمسك بإبطال الدين حتى يستطيع أن يبطل الرهن المعقود على عقاره . وفى هذا الخصوص تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « فللكفيل العينى أن يتمسك بأوجه الدفع المتعلقة بالدين من بطلان أو انقضاء ، حتى لو تنازل المدين عنها ، وهذا إلى جانب تمسكه

---

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الخصوص : « الارتباط ما بين الرهن والدين المضمون هو ارتباط التابع بالمتبوع ، فإذا كان الدين صحيحاً صح الرهن وإلا فهو باطل . وإذا انقضى الدين ، انقضى الرهن تبعا له » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٣٧) .

(٢) والرهن عمل مدنى ، فى حين أن الدين المضمون قد يكون عملا تجاريا . وقد قضت محكمة شبين الكوم الجزئية بأن يعتبر الرهن الضامن لعمل تجارى عقدا مدنيا طبقا للمادة ٧٦ من قانون التجارة ، التى نصت على أنه إذا رهن تاجر أو غيره شيئا تأمينا على عمل من الأعمال التجارية ، فيثبت الرهن بالنسبة إلى المتعاقدين وغيرهم بالطرق المبينة فى القانون المدنى (محكمة شبين الكوم الجزئية ١٤ يونيه سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٨ رقم ١٤٣ ص ٢٨٥) .

بأوجه الدفع الخاصة به »[1] . فيكون إذن للكفيل العينى أن يتمسك بأوجه الدفع الخاصة بالدين نفسه لأنه يكفله ، وله أيضاً أن يتمسك بأوجه الدفع الخاصة به . وقد رأينا مثل ذلك فى الكفالة ، إذ يجوز للكفيل الشخصى أن يتمسك بالدفوع المتعلقة بالدين ، وله أيضاً أن يتمسك بالدفوع الخاصة به[2] . وهذا طبيعى ، لأن الكفيل العينى له أن يتمسك بالدفوع التى يتمسك بها الكفيل الشخصى ، فهو لم يخرج عن كونه كفيلا يضمن دين الغير ، فيستطيع أن يتمسك بالدفوع الخاصة بهذا الدين وبالدفوع الخاصة به هو . والدفوع المتعلقة بالدين نفسه ، سبق أن ذكرنا أمثلة لها فى تمسك المدين الراهن بها ، فيجوز للكفيل العينى أن يتمسك بهذه الدفوع ، كأن يتمسك بأن الدين باطل أو قابل للإبطال أو منقض . أما الدفوع المتعلقة الكفيل العينى نفسه ، فهى ترجع إلى العقد المبرم ما بين الكفيل العينى والدائن المرتهن . فيجوز أن يكون هذا العقد باطلا أو قابلا للإبطال ، دون أن يكون الدين المضمون باطلا أو قابلا للإبطال ، فى هذه الحالة يجوز للكفيل العينى أن يدفع بأن عقده مع الدائن المرتهن باطل أو قابل للإبطال ، فيتخلص من الرهن الذى عقده مع بقاء المدين الأصلى ملزماً بالدين . وقد ترجع الدفوع الخاصة بالكفيل العينى إلى ما يرد على عقده من أوصاف ، كعدم تحقق الشرط الواقف أو تحقق الشرط الفاسخ . فيتمسك الكفيل العينى بأن الرهن الذى عقده لم ينشأ ، لأنه كان معلقاً على شرط واقف ولم يتحقق هذا الشرط ، أو كان معلقاً على شرط فاسخ وتحقق هذا الشرط . كذلك قد ترجع الدفوع الخاصة بالكفيل العينى إلى أن الرهن قد انحل عن عقاره دون أن ينقضى الدين المضمون ، ويتحقق ذلك مثلا إذا نزل الدائن المرتهن عن الرهن فينقضى دون أن ينقضى الدين المضمون ، فيجوز للكفيل العينى فى هذه الحالة أن يتمسك بانقضاء الرهن .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٣٧ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٤٥ – فقرة ٤٠ .

الفصل الثانى

آثار الرهن الرسمى

١٦٦ — آثار الرهن الرسمى فيما بين المتعاقدين وبالنسبة إلى الغير :
عقد الرهن الرسمى يكسب الدائن المرتهن حقاً على العقار المرهون هو حق الرهن ، وهذا الحق يقيم علاقة فيما بينه وبين الراهن . وبموجب هذا الحق يستطيع الدائن المرتهن ، إذا حل أجل دينه ، أن يستعمل دعوى الرهن على العقار المرهون ، فيكون له حق تقدم على جميع الدائنين العاديين لمدينه وكذلك على الدائنين المقيدين إذا كانوا متأخرين فى المرتبة . ويكون له كذلك حق تتبع ، فيتتبع العقار المرهون ، فيما إذا انتقلت ملكيته من الراهن ، فى يد من انتقلت إليه الملكية وهو الحائز للعقار .

وعلى ذلك نقسم هذا الفصل الثانى إلى فرعين : (١) آثار الرهن الرسمى فيما بين المتعاقدين . (٢) آثار الرهن الرسمى بالنسبة إلى الغير .

الفرع الأول

آثار الرهن الرسمى فيما بين المتعاقدين

١٦٧ — آثار الرهن الرسمى فيما يتعلق بالراهن وفيما يتعلق بالدائن المرتهن : عقد الرهن الرسمى يلزم الراهن دون أن يلزم الدائن المرتهن ، وحق الرهن الرسمى لا يحرم الراهن من ملكيته للعقار المرهون إلا إلا إذا نزعت ملكيته تنفيذاً عليه . ويرتب الرهن الرسمى للدائن المرتهن فى مواجهة الراهن .

المبحث الأول

آثار الرهن الرسمي فيما يتعلق بالراهن

§ ١ - التزامات الراهن

١٦٨ — التزاماته : يلزم عقد الرهن الرسمي الراهن ، سواء كان هو المدين أو كان كفيلا عينياً ، بالتزامين : (١) إنشاء الراهن لحق عيني على العقار المرهون هو حق الرهن . (٢) ضمان الراهن لسلامة حق الرهن .

١٦٩ — إنشاء الراهن لحق الرهن : يلتزم الراهن بإنشاء حق الرهن للدائن المرتهن على العقار المرهون ، كما يلتزم البائع بنقل ملكية العين المبيعة إلى المشتري[1] . فاذا كان الراهن مالكاً للعقار المرهون ، أنشيء حق الرهن الرسمي من تلقاء نفسه . وفي هذا تقول المادة ٢٠٤ مدني : « الالتزام ينقل الملكية أو أي حق عيني آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق ، إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم ، وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل » . وهذا النص يشمل الالتزام بإنشاء حق عيني والالتزام بنقل حق عيني ، فينشأ الحق العيني إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم . فإذا كان الراهن يملك العقار المرهون ، كان العقار شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم ، فينشأ حق الرسمي من تلقاء نفسه بمجرد انعقاد عقد

---

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الخصوص : « يلتزم الراهن بترتيب حق الرهن على العقار المرهون لمصلحة الدائن المرتهن ، كما يلتزم البائع بنقل حق الملكية إلى المشتري . ويظهر ذلك بوضوح في رهن ملك الغير ، فإن الراهن لا يستطيع أن يقوم بالتزامه من ترتيب حق الرهن ، فإذا أجاز الدائن المرتهن العقد جاز له بعد ذلك فسخه لعدم قيام الراهن بالتزامه (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٤٩) .

الرهن الرسمي صحيحاً . ولا شأن لنا هنا بالقواعد المتعلقة بالتسجيل لأن قواعد التسجيل لا يخضع لها الرهن وإنما يخضع لقواعد القيد كما سنرى . وعلى ذلك يتم تنفيذ هذا الالتزام الأول بإنشاء حق الرهن الرسمي بمجرد انعقاد البيع الصحيح قبل قانون التسجيل الصادر فى سنة ١٩٢٣ إذ كان عقد البيع نفسه دون تسجيل ينشىء التزاماً بنقل ملكية المبيع .. وهذا هو الرأى السائد فى هذا الخصوص ، وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « ويستخلص من مجموع هذه الأحكام أن عقد الرهن يرتب حقاً عينياً على العقار المرهون ، ويترتب هذا الحق دون حاجة إلى القيد فيما بين المتعاقدين ، ولا ينفذ فى حق الغير إلا بالقيد »[1] .

وهناك رأى يذهب إلى أن « المصدر الحقيقى للرهن الرسمى هو واقعة القيد . . . أما العقد فلا يمكن أن يتولد عنه التأمين العينى بما يستوجبه من حق التقدم وحق التتبع ، ذلك أن العقد يقتصر أثره فى الأصل على المتعاقدين ولا يتعداهما ، فى حين أن التأمين العينى يظهر أثره ابتداء فى حق الغير . ولذلك فهو لا ينشأ إلا عن تلك الواقعة القانونية التى جعلها القانون مصدراً للتأمين العينى . . . فالواقع أن حق الرهن لا وجود له فيما بين المتعاقدين ولا ينشأ عن عقد الرهن ، وهو إذا نشأ كان حتماً نافذاً فى حق الغير ، وإلا لما كانت هناك فائدة من وجوده » .[2]وينضم إلى هذا الرأى

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٤ – وانظر عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ١٨٥ ص ٢٩٤ – جمال الدين زكى ص ٣٠٧ – محمد على إمام فقرة ٢١٨ ص ٣٢٤ – سليمان مرقس فقرة ٧٢ ص ١٢٠ – شمس الدين الوكيل فقرة ٦٩ ص ٢٢٦ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٧٧ ص ١٠٣ – أحمد سلامة فقرة ٧٢ ص ٢٣٩ – سمير تناغو فقرة ٢٦ – المؤلف : الوسيط ٢ ص ٧٧٢ – التصرف القانونى والواقعة القانونية ص ١٢٨ .

وإذا كان الراهن لا يملك العقار المرهون ، لم ينشأ حق الرهن إلا إذا أقر المالك الرهن أو امتلك الراهن العقار (م ١٠٣٣ / ١ مدنى) . فإذا لم يحصل شىء من ذلك ، بقى الراهن ملتزماً بإنشاء حق الرهن ، وجاز للدائن المرتهن أن يطالبه بتعويض ولا يطالب بسقوط أجل الدين (منصور مصطفى منصور فقرة ٣١ ص ٧٧) .

(٢) شفيق شحاتة فقرة ٤٣ .

فقيه آخر فيرى أن حق الرهن لا ينشأ إلا ابتداء من وقت القيد ، ولكنه لا يرى لهذا الخلاف أثراً عملياً[١] .

والخلاف ليس له أثر عملى كبير ، وهو أقرب إلى الفقه منه إلى العمل . والذى يجعل المسألة قريبة من العمل هو ، كما يقول أحد الفقهاء ، هل إذا بيع العقار المرهون قبل القيد يباع بموجب حق الرهن أو بموجب الحق فى الضمان العام ؟ ويجيب الفقيه على ذلك بحق أن المرتهن يستطيع أن ينفذ على العقار المرهون قبل القيد باعتباره دائناً مرتهناً لا باعتباره دائناً عادياً ، « ويظهر هذا بصفة خاصة فى الحالات التى لا يكون فيها للمرتهن أى حق فى الضمان العام فى مواجهة الراهن ، كما لو كان الراهن شخصاً آخر غير المدين وهو الكفيل العينى ، وفى شأنه يقرر المشرع فى المادة ١٠٥٠ مدنى أنه لا يجوز التنفيذ على ماله إلا ما رهن من هذا المال . . ولا يعتبر هذا مباشرة للضمان العام للدائن إذ ليس للدائن ضمان عام أصلا على ذمة الكفيل العينى : فحقه قاصر فقط على الرهن الوارد على عقار مملوك للراهن غير المدين »[٢] .

---

(١) منصور مصطفى منصور فقرة ٣١ ص ٧٦ – ص ٧٧ .

(٢) سمير تناغو فقرة ٢٦ ص ٩٨ – ويقول لتأكيد ذلك : « وعلى هذا إذا ثبت أن الدائن المرتهن يستطيع أن يتخذ إجراءات التنفيذ على العقار المرهون قبل شهر الرهن ، وأن هذا الحق مترتب على حق الرهن وليس على الضمان العام ، كان معنى هذا أنه لا يلزم لنشأة حق الرهن إجراء القيد ، وأن الحق ينشأ من العقد مباشرة ، أما الشهر فهو لازم فقط لنفاذه فى حق الغير » (سمير تناغو فقرة ٢٦ ص ٩٨) .

ويقرب من هذا ما يقوله الأستاذ سليمان مرقس : « أما حق التنفيذ على المال المرهون فيغنى عنه ما يثبت للمرتهن بصفته دائنا من حق الضمان العام على أموال مدينه . ولا تظهر أهميته عملاً إلا فى حالة صدور الرهن من غير المدين ، فيكون التنفيذ على المال المرهون بمقتضى حق الرهن لا بمقتضى حق الضمان العام ، وأما مزيتا التقدم والتتبع فهما غير موجهتين ضد الراهن ، بل ضد الغير » (سليمان مرقس فقرة ٨٠ ص ١٣٠) .

١٧٠ – ضمان الراهن لسلامة الرهن – نص قانوني : تنص المادة ١٠٤٧ مدنى على ما يأتى :

« يلتزم الراهن بضمان سلامة الرهن ، وللدائن المرتهن أن يعترض على كل عمل أو تقصير يكون من شأنه إنقاص ضمانه إنقاصاً كبيراً ، وله فى حالة الاستعجال أن يتخذ ما يلزم من الوسائل التحفظية وأن يرجع على الراهن بما ينفق فى ذلك »[1] .

وقد عرض المشرع فى هذا النص لضمان الراهن لسلامة حق الرهن ، وعرض فى النص التالى (م ١٠٤٨ مدنى) تطبيقاً لذلك لهلاك العقار المرهون أو تلفه ، وعرض فى النص الذى بعده (م ١٠٤٩ مدنى) لحلول الحق الذى يترتب على هلاك العقار المرهون أو تلفه محل العقار المرهون حلولا عينياً ، ونعالج هذه المسائل الثلاث بهذا الترتيب .

ففيما يتعلق بضمان الراهن لسلامة حق الرهن . يكون هذا الضمان فى عقد الرهن الرسمى كضمان البائع للتعرض والاستحقاق فى عقد البيع . فلا يجوز ، فيما يتعلق بضمان التعرض الشخصى . أن يقوم الراهن بترتيب أى حق على

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٤٥٥ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « يلتزم الراهن بضمان الرهن ، وللدائن المرتهن أن يعترض على كل عمل يكون من شأنه إنقاص ضمانه . وله فى حالة الاستعجال أن يتخذ ما يلزم من الوسائل التحفظية ، وأن يرجع على الراهن بما ينفق فى ذلك » . ووافقت لجنة المراجعة على النص ، بعد إضافة كلمة « سلامة » بعد كلمة « بضمان » فى صدر المادة ، وذلك تحت رقم ١١٤٢ فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على النص ، تحت رقم ١١٢٨ . وأضافت لجنة مجلس الشيوخ إلى النص عبارة « أو تقصير » بعد كلمة « عمل » ، وعبارة « إنقاصا كبيرا » بعد عبارة « انقاص ضمانه » ، وقصدت اللجنة بذلك تقييد تدخل الدائن المرتهن لضمان سلامة الرهن ، حتى لا يعرض المدين إلى الإرهاق والعنت من جراء هذا التدخل . ووافقت اللجنة على النص بعد هذا التعديل ، تحت رقم ١٠٤٧ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٤٨ – ص ٥٠) .

التقنين المدنى السابق : لا مقابل .

العقار المرهون يشهر قبل قيد الرهن ، أو أن يقوم بأى عمل يترتب عليه إنقاص العقار المرهون إنقاصاً كبيراً أو تخريبه . وإذا نزع الراهن شيئاً من العقار المرهون أو من ملحقاته ، كأن يبيع المواشى التى تخدم الأرض أو يبيع الأنقاض بعد هدم جزء من المبانى ، فتقع فى يد مشتر حسن النية فيملكها بالحيازة خالصة من الرهن ، كان للدائن المرتهن الرجوع على الراهن بضمان التعرض الشخصى[1] . فيعيد الراهن إلى الأرض مواشى أخرى تساوى فى القيمة المواشى التى بيعت ، أو يرمم المبانى فيعيدها سيرتها الأولى . وإذا لم يتسلم المشترى المواشى أو الأنقاض ، أو تسلمها وهو سيئ النية ، فإنها تبقى مثقلة بحق الرهن . ويجوز للدائن المرتهن أيضاً أن يتخذ ما يلزم من الوسائل التحفظية ، كأن يطلب إقامة حارس وقد يقيم الراهن نفسه حارساً ، وكأن يطلب ترميم ما تخرب من العقار المرهون ، وله أن يرجع على الراهن بما أنفق من المصروفات فى كل ذلك[2] .

---

(١) وكان المشروع التمهيدى يتضمن نصا ، هو المادة ١٤٥٦ من هذا المشروع ، يجرى على الوجه الآتى : « إذا تصرف الراهن فى شىء من العناصر التى يتكون منها العقار المرهون أو فى شىء من ملحقاته إلى شخص حسن النية ، وتم النقل والتسليم ، فإن هذا الشىء ينتقل خالصاً من حق الرهن ، ويكون للدائن المرتهن فى هذه الحالة حق الرجوع على الراهن بالضمان وفقا للمادة السابقة » . وقد حذفت لجنة المراجعة هذا النص ، « اكتفاء بالقواعد العامة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٤٨ فى الهامش) .

(٢) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « ويلتزم (الراهن) ، كالبائع أيضاً ، بضمان التعرض والاستحقاق . فلا يجوز له أن يقوم بأى عمل يكون من شأنه إنقاص ضمان الدائن المرتهن ، كأن يخرب العقار المرهون أو أن يتركه يتخرب . وللدائن المرتهن أن يتخذ ما يلزم من الوسائل التحفظية ، كأن يقيم حارسا ويرجع على الراهن بما أنفق . وإذا نزع الراهن شيئا من العقار المرهون أو من ملحقاته ، كما إذا هدم جانبا منه وباع الأنقاض أو باع مواشى كانت قد خصصت لخدمة الأرض المرهونة ، فوقعت فى حيازة مشتر حسن النية ، ملكها بالحيازة خالصة من الرهن ، ويكون للدائن المرتهن حق الرجوع على الراهن بالضمان . أما إذا لم يتسلمها المشترى أو تسلمها وهو سىء النية ، فإنها تبقى مثقلة بحق الرهن » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٤٩) .

وفيما يتعلق بضمان الراهن لتعرض الغير ، يكون الراهن ملتزماً بدفع كل ادعاء للغير بحق على العين المرهونة من شأنه أن يمس بحق الدائن المرتهن ؛ فإذا ادعى الغير أنه هو المالك للعقار وأن الرهن الصادر من الراهن لم ينقل إلى المرتهن حق الرهن لأنه صادر من غير مالك ، أو ادعى الغير أنه دائن مرتهن قيد حق رهنه على العقار المرهون قبل أن يقيد الدائن المرتهن حقه ، أو ادعى أن له حق ارتفاق على العقار المرهون وكان الدائن المرتهن قد رتب حق رهنه على أن حق الارتفاق هذا لا يوجد ، فعلى الراهن أن يدفع هذا الادعاء من الغير . فإن لم يستطع ، كان للدائن المرتهن أن يطالب بتقديم تأمين كاف أو بتكملة التأمين المقدم ، أو بسقوط أجل الدين ودفعه فوراً .

ونرى من ذلك أن ضمان الراهن لتعرضه الشخصي ولتعرض الغير هو فى الواقع من الأمر الجزاء الكافى على التزام الراهن بضمان سلامة الرهن ، فالراهن ملتزم بأن يكون الرهن مستجيباً للأغراض التى عقده من أجلها ، فإن اختل غرض من هذه الأغراض ، سواء بخطأ الراهن أو بغير خطأه ، وجب على الراهن الضمان على النحو الذى أسلفناه فيما تقدم .

١٧١ — هلاك العقار المرهون أو تلفه — نص قانونى : تنص المادة ١٠٤٨ مدنى على ما يأتى :

« ١ — إذا تسبب الراهن بخطأه فى هلاك العقار أو تلفه ، كان الدائن المرتهن مخيراً بين أن يقتضى تأميناً كافياً أو يستوفى حقه فوراً » .

« ٢ — فإذا كان الهلاك أو التلف قد نشأ عن سبب أجنبى ولم يقبل الدائن بقاء الدين بلا تأمين ، كان المدين مخيراً بين أن يقدم تأميناً كافياً أو أن يوفى الدين فوراً قبل حلول الأجل . وفى الحالة الأخيرة إذا لم يكن للدين فوائد ، فلا يكون للدائن حق إلا فى استيفاء مبلغ يعادل قيمة الدين منقوصاً منها الفوائد بالسعر القانونى عن المدة ما بين تاريخ الوفاء وتاريخ حلول أجل الدين » .

« ٣ – وفى جميع الأحوال إذا وقعت أعمال من شأنها أن تعرض العقار المرهون للهلاك أو التلف أو تجعله غير كاف للضمان كان للدائن أن يطلب إلى القاضى وقف هذه الأعمال واتخاذ الوسائل التى تمنع وقوع الضرر »[1] .

وليس هذا النص إلا تطبيقاً لما قدمناه من التزام الراهن بسلامة حق الرهن . وهو فى الوقت ذاته تطبيق خاص بعقد الرهن الرسمى لقاعدة عامة فى الدين المؤجل إذا كان ضعف التأمين الخاص بهذا الدين راجعاً إلى خطأ المدين أو إلى سبب لا دخل لإرادة المدين فيه . ذلك أن المادة ٢/٢٧٣ مدنى تنص على ما يأتى : « يسقط حق المدين فى الأجل : (١) . . . . . . (٢) إذا أضعف بفعله إلى حد كبير ما أعطى الدائن من تأمين خاص ، ولو كان هذا التأمين قد أعطى بعقد لاحق أو بمقتضى القانون ، هذا ما لم يؤثر الدائن أن يطالب بتكملة التأمين . أما إذا كان إضعاف التأمين يرجع إلى سبب لا دخل لإرادة المدين فيه ، فإن الأجل يسقط ما لم يقدم المدين للدائن ضماناً كافياً . (٣) . . . . . . » . وعلى ذلك إذا هلك العقار المرهون أو تلف كأن احترق أو تهدم ، فقد يكون السبب فى هلاك العقار أو تلفه خطأ المدين الراهن أو خطأ الدائن المرتهن ، أو سبباً أجنبياً لا دخل لإرادة الاثنين فيه كما لو وقع الهلاك أو التلف بفعل الغير أو قضاء وقدراً .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٤٥٧ من المشروع التمهيدى على وجه يكاد يكون مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت لجنة المراجعة على النص ، بعد استبدال عبارة « بسبب أجنبى ولم يقبل الدائن بقاء المدين بلا تأمين » بعبارة « حادث قهرى » فى الفقرة الثانية ، فأصبح مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وصار رقمه ١١٤٣ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١٢٩ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٤٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٥١ – ص ٥٣) .

التقنين المدنى السابق م ٥٦٢ / ٦٨٦ : إذا هلك العقار المرهون على المدين أو حصل فيه خلل بحادثة قهرية أوجبت الشك فى كفايته للتأمين ، فعلى المدين أن يرهن عقاراً غيره كافيا للتأمين أو أن يؤدى الدين قبل حلول أجله ، وله الخيار فى ذلك . ويكون الخيار لرب الدين ، إذا كان الهلاك أو الخلل حاصلا بتقصير المدين أو الحائز للعقار .

فإن كان الهلاك أو التلف بخطأ المدين الراهن ، كان للدائن المرتهن الخيار بين أن يقتضى تأميناً كافياً بدلا من التأمين الهالك أو التالف ، أو أن يسقط أجل الدين حالا فيتقاضاه فوراً . وهذه الرعاية لجانب الدائن المرتهن سببها أن الهلاك أو التلف قد وقع بخطأ المدين الراهن ، فوجب أن يكون الخيار للدائن المرتهن[١] .

وإن كان الهلاك أو التلف بخطأ الدائن المرتهن ، وهذا نادر لأن حيازة العقار فى الرهن الرسمى لا تنتقل إلى الدائن المرتهن فيبقى هذا بعيداً عنه ، لم يطلب الدائن المرتهن شيئاً لأن الهلاك بخطأه هو . بل يجب عليه أن يدفع تعويضاً عما أتلفه بخطأه بناء على قواعد المسئولية التقصيرية ، وهذا التعويض يحل محل ما هلك من العقار أو تلف ، ويصبح مرهوناً مثله فى دين الدائن المرتهن[٢] . وهذا مثل من أمثلة الحلول العينى سيأتى بيانه .

وإن كان الهلاك أو التلف بسبب أجنبى ، كان المدين الراهن بالخيار بين إسقاط أجل الدين ودفع الدين فوراً للدائن المرتهن أو تقديم تأمين كاف بدلا من التأمين الهالك أو التالف . فإذا اختار المدين الراهن الأمر الأول وكان الدين بفوائد اتفاقية ، لم يدفع المدين الراهن من هذه الفوائد إلا ما سرى منها وقت إسقاط أجل الدين . أما إذا كان الدين بغير فوائد اتفاقية ، فإن المدين الراهن يستنزل من الدين قبل دفعه فوائد بالسعر القانونى (٤٪ فى المسائل المدنية و ٥٪ فى المائل التجارية) عن المدة ما بين وفاء الدين للدائن

---

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الخصوص : « فإن هلك العقار أو تلف بخطأ الراهن ، كان الدائن المرتهن مخيراً بين اعتبار حقه قد حل فوراً فيقتضيه ، أو طلب تأمين كاف يحل محل العقار المرهون » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٥٢) .

(٢) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الخصوص : « أما إذا كان الهلاك بخطأ الدائن المرتهن فليس له أن يطلب شيئاً ، بل يجب أن يدفع هو تعويضاً عما أتلفه بخطأه ، وينتقل حق الرهن إلى هذا التعويض » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٥٢ – ص ٥٣) .

المرتهن وحلول أجل الدين فى ميعاده الأصلى ، لأن المدين الراهن لم يستفد من الدين فى هذه المدة[1] . وهذه الرعاية لجانب المدين الراهن سببها أن الهلاك أو التلف لم يكن بخطأه بل كان بسبب أجنبى . فوجب أن يكون الخيار له[2] .

وإذا لم يهلك العقار أو يتلف . ولكن وقعت أعمال من شأنها أن تعرض العقار المرهون للهلاك أو التلف ولو لم يكن للراهن يد فى هذه الأعمال ، كما إذا سمح الراهن لشخص بسكنى العقار المرهون وأخذ الساكن ما تهيأ له من الوسائل للقيام بأعمال من شأنها أن تنقص قيمة العقار أو تجعله غير كاف لضمان الدين . أو كما إذا أزمع الجار أن يقيم بناء لو تم كان فيه اعتداء على العقار المرهون أو على حقوق ارتفاق لهذا العقار . جاز للدائن المرتهن

(١) ولا تستنزل فوائد الدين فى الفرض الأول ، إذا كان الهلاك أو التلف بخطأ المدين ، بل إن الدائن المرتهن إذا اختار استيفاء الدين ، استوفاه دون أن يستنزل منه شيئاً فى مقابل الفوائد ، وسبب ذلك أن الهلاك أو التلف كان بخطأ المدين (منصور مصطفى منصور فقرة ٣٢ ص ٨٣ – ويرى أن المشرع قد راعى جانب الدائن المرتهن أكثر مما يجب بعد السماح له باستنزال الفوائد : فقرة ٣٢ ص ٨٣) .

(٢) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الخصوص : « وإذا كان الهلاك بسبب أجنبى ، كان المدين هو المخير بين وفاء الدين فوراً قبل حلول الأجل بعد انتقاص الفائدة محسوبة بالسعر القانونى إذا لم تكن هناك فائدة اتفاقية أو تقديم تأمين كاف . وكل هذه الأحكام مع المبادئ الخاصة بسقوط الأجل لإضعاف التأمينات » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٥٣) .

ونحن نفرض فيما تقدم أن الراهن هو المدين . أما إذا كان الراهن غير المدين ، وهلك العقار المرهون أو تلف بسبب أجنبى ، اتفق الراهن والمدين على إسقاط أجل الدين وانتقاص الفوائد على النحو الذى قدمنا . فإن لم يتفقا على ذلك ، جاز للراهن أن يدفع هو الدين مع انتقاص الفوائد ، ويرجع بالدين كاملا عند حلول أجله الأصلى على المدين ، فإن لم يفعل الراهن ذلك ، وجب عليه أن يقدم تأميناً كافياً بدلا من التأمين الهالك أو التالف .

وإذا كان الغير هو الذى تسبب بخطأه فى الهلاك أو التلف ، ففيما بين الراهن والدائن المرتهن يكون هذا هو الحكم . أما فيما بين الراهن والغير الذى تسبب بخطأه فى الهلاك أو التلف ، يرجع الراهن على الغير بالتعويض بناء على قواعد المسئولية التقصيرية .

أن يتخذ من الوسائل ما يمنع ذلك . فيجوز له . دون وساطة الراهن[1] . أن يطلب من القاضي أن يحكم بوقف هذه الأعمال . فيمنع الساكن من القيام مما كان في عزمه أن يقوم به . أو يمنع الجار من أن يتمم البناء ، في وضع يكون فيه اعتداء على العقار المرهون . وللدائن المرتهن أن يتخذ من الوسائل التي تمنع وقوع الضرر ما يكفي لذلك ، ولو بوضع العقار المرهون تحت الحراسة . وتقول الفقرة الثالثة من المادة ١٠٤٨ مدني سالفة الذكر في هذا الخصوص : « وفي جميع الأحوال إذا وقعت أعمال من شأنها أن تعرض العقار المرهون للهلاك أو التلف أو تجعله غير كاف للضمان . كان للدائن أن يطلب إلى القاضي وقف هذه الأعمال واتخاذ الوسائل التي تمنع وقوع الضرر » .

١٧٢ — حلول الحق الذي يترتب على هلاك العقار المرهون أو تلف محل العقار المرهون حلولا عينيا — نص قانوني : تنص المادة ١٠٤٩ مدني على ما يأتي :

« إذا هلك العقار المرهون أو تلف لأي سبب كان . انتقل الرهن بمرتبته إلى الحق الذي يترتب على ذلك ، كالتعويض أو مبلغ التأمين أو الثمن الذي يقرر مقابل نزع ملكيته للمنفعة العامة »[2] .

---

(١) منصور مصطفى منصور فقرة ٣٢ ص ٨١ — ص ٨٢ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٤٥٨ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : « إذا هلك العقار المرهون أو تلف لأي سبب كان ، انتقل الرهن إلى الحق الذي حل محل العقار ، كالتعويض أو التأمين أو الثمن الذي رسا به المزاد أو ثمن الملحقات التي تم تسليمها ، وللدائن أن يستوفي حقه بعد ذلك بحسب مرتبته » وقد عدلت لجنة المراجعة النص ، فجعلته مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وصار رقمه ١١٤٤ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١٣٠ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٤٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٥٤ — ص ٥٥) .

التقنين المدني السابق م ٥٦٧/٦٩١ : يستوفي أرباب الرهون العقارية مطلوباتهم من ثمن =

وظاهر من هذا النص أن فيه تطبيقاً لنظرية الحلول العيني ، فهو يفرض أن العقار المرهون قد هلك أو تلف لأى سبب كان ، سواء كان ذلك بخطأ الراهن أو بغير خطأه . ولكن ترتب على الهلاك أو التلف أن استحق حق آخر ، فان هذا الحق الآخر ينتقل الرهن إليه . والسبب فى ذلك أن الحق قد حل محل العقار المرهون الهالك أو التالف حلولا عينياً ، فأصبح مرهوناً مثله .

ويورد النص أمثلة ثلاثة لاستحقاق حق بسبب هلاك العقار المرهون أو تلفه . فقد يكون هذا الحق هو حق تعويض فى ذمة الغير الذى تسبب بخطأه فى هلاك العقار أو تلفه . وقد يكون مبلغ تأمين يجب أن تدفعه شركة التأمين بسبب هلاك العقار المؤمن عليه أو تلفه ، وقد يكون ثمناً تقرر فى مقابل نزع ملكية العقار المرهون للمنفعة العامة . وهناك أمثلة أخرى ، فقد ينزع الراهن بعض العقارات بالتخصيص ويبيعها منقولا لمشتر حسن النية فيتسلمها هذا المشترى ويبقى الثمن فى ذمته ، فيحل الثمن حلولا عينياً محل هذه العقارات بالتخصيص . وقد يكون هلاك العقار المرهون نتيجة لحرب أو غارة جوية أو زلزال وتقدم الدولة تعويضاً للمنكوبين على سبيل المساعدة ، فيحل هذا التعويض حلولا عينياً محل العقار المرهون . وقد يهدم الراهن المبنى المرهون ويبيعه أنقاضاً للمشترى ، ويبقى الثمن فى ذمة المشترى ، فيحل الثمن محل المبنى المرهون (فى بعض قيمته) حلولا عينياً . هذه الأمثلة وغيرها تدل على أنه قد يحل محل العقار المرهون حق آخر يستحق بسبب هلاك العقار أو تلفه ، فيقرر النص أن هذا الحق يحل محل العقار المرهون حلولا عينياً ويصبح مرهوناً مثله . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الخصوص : « فى جميع الأحوال التى يحل فيها محل العقار المرهون أو محل جزء منه شيء آخر ، كتعويض أو مبلغ تأمين أو ثمن يرسو به المزاد أو ثمن

= العقار المرهون أو من مبلغ تأمينه من الحريق إذا احترق ، ويكون استيفاؤهم ذلك بحسب ترتيب تسجيلهم ولو كان تسجيل رهونهم فى يوم واحد .

ملحقات يتم تسليمها ، فإن الرهن ينتقل إلى هذا الشيء الآخر . ويستوفى الدائن منه الدين بحسب مرتبته ، وهذا مثل آخر للحلول العينى »[١] .

وهذا هو الرأى السائد فى الفقه المصرى . فما دام الحق قد استحق فى مقابل هلاك العقار المرهون أو تلفه . فإنه يحل حلولا عينياً محل هذا العقار . وينتقل حق الدائن المرتهن . بحكم هذا الحلول العينى ، من العقار الهالك أو التالف إلى الحق الذى حل محله . فإذا كان الحق منقولا ، كما فى التعويض ومبلغ التأمين ومقابل نزع الملكية ، فإن الدائن المرتهن يختص به ويستوفى دينه منه . وينقلب الرهن فى هذه الحالة إلى رهن حيازى للنقود . وهذا هو صريح النص ، فهو يقول كما رأينا : « إذا هلك العقار المرهون أو تلف لأى سبب كان ، انتقـــل الرهن بمرتبته إلى الحق الذى يترتب على ذلك ، كالتعويض أو مبلغ التأمين أو الثمن الذى يقرر مقابل نزع ملكيته للمنفعة العامة »[٢] .

وعلى ذلك إذا تسبب الراهن بخطأه فى هلاك العقار المرهون أو تلفه ،

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٥٤ .

(٢) انظر حسن كيرة فى الحقوق العينية الأصلية فقرة ٤٥ ص ١٣٨ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٨٠ ص ١١١ – أحمد سلامة فقرة ١٢٤ ص ٤١٣ – منصور مصطفى منصور فقرة ٣٢ ص ٨٠ ورسالته فى نظرية الحلول العينى فقرة ١٢٣ وما بعدها .

وهناك رأى يذهب إلى عدم فائدة الالتجاء إلى فكرة الحلول العينى ، ويكفى أن يقال إن الدائن المرتهن يبنى حقه فى التقدم على المقابل الذى حل محل العقار وذلك بموجب الرهن نفسه (إسماعيل غانم فى رسالته فى الذمة المالية فقرة ٥٥ – شمس الدين الوكيل فقرة ٩٤ ص ٢٨٦) . ويجيب الأستاذ منصور مصطفى منصور على هذا الرأى بما يأتى : « وعندنا أنه إذا كان هذا الرأى مقبولا حيث يكون حق الدائن المرتهن مستحق الأداء وقت الاستبدال ، إلا أنه تتعين الاستعانة بفكرة الحلول العينى إذا لم يكن حق الدائن مستحق الأداء ، كما لو كان دينا مستقبلا لم يوجد ، أو دينا شرطيا ولم يتبين مصير الشرط بعد ، أو كان الأجل لم يحل . ففى مثل هذه الأحوال يمتنع القول بمباشرة حق التقدم ، فيبقى المال الذى استبدل بالعقار مخصصا لضمان دين الدائن ، وهذا هو الحلول العينى » (منصور مصطفى منصور فقرة ٣٢ ص ٨٠) .

وكان الدائن المرتهن مخيراً بين أن يقتضى تأميناً كافياً أو أن يستوفى حقه فوراً (م ١/١٠٤٨ مدنى) فقد يكون العقار المرهون مؤمناً عليه فتدفع شركة التأمين كل قيمته . وفى هذه الحالة تحل هذه القيمة التى تدفعها شركة التأمين محل العقار حلولا عينياً ، ويكون الدائن المرتهن مخيراً بين استيفاء ما دفعته شركة التأمين مرهوناً فى حقه أو استيفاء حقه فوراً بعد إسقاط الأجل .

وإذا كان هلاك العقار المرهون أو تلفه قد نشأ من سبب أجنبى ولم يقبل الدائن بقاء المدين بلا تأمين ، كان المدين الراهن هو المخير بين أن يقدم تأميناً كافياً أو أن يوفى الدين قبل حلول الأجل بعد استنزال الفوائد بالسعر القانونى على النحو الذى قدمناه (م ٢/١٠٤٨ مدنى) . وقد يكون هلاك العقار أو تلفه بفعل الغير وهذا سبب أجنبى ، فيدفع الغير تعويضاً يحل محل العقار المرهون ، ويستطيع المدين الراهن فى هذه الحالة أن يقدم هذا التعويض تأميناً كافياً للدائن االمرتهن بدلا من وفاء الدين قبل حلول الأجل . وقد يكون العقار المرهون مؤمناً عليه ، فتدفع شركة التأمين مبلغ التأمين ، فيقدمه المدين الراهن تأميناً كافياً للدائن المرتهن . وقد يكون هلاك العقار المرهون هو عبارة عن نزع ملكيته للمنفعة العامة ، فالمبلغ الذى يدفع فى مقابل ذلك يكون تأميناً كافياً يقدمه المدين الراهن .

فيمكن إذن المواءمة بين أحكام المادتين ١٠٤٨ و ١٠٤٩ مدنى على الوجه الذى قدمناه ، والاستفادة من حلول الحق محل العقار المرهون حلولا عينياً عند ما يراد تقديم تأمين كاف يحل محل العقار المرهون ، وذلك بتقديم الحق الذى يحل محل العقار المرهون تأميناً كافياً لا يستطيع الدائن المرتهن الاعتراض عليه فى شىء .

§ ٢ – سلطة الراهن عن العقار المرهون

١٧٣ – عدم تجريد الراهن لا من ملكية العقار المرهون ولا من حيازته فى الرهن الرسمى : يبقى الراهن مالكاً للعقار المرهون ، بل ويبقى حائزاً له ،

لأنه لا يتجرد لا من الملكية ولا من الحيازة بالرهن الرسمي . بخلاف الرهن الحيازى ، فإنه إذا كان لا يجرد الراهن من الملكية فهو يجرده من الحيازة . وهذه هي ميزة الرهن الرسمي ، فهو يترك العقار المرهون في ملكية الراهن وفي حيازته ، وكأن شيئاً لم يتغير لولا ذلك الحق الخفي الذى شهدنا بعض آثاره وسنشهد بعضاً آخر فيما يلي .

وما دام الراهن يبقى مالكاً للعقار المرهون وحائزاً له ، فإنه يحتفظ بسلطته عليه كمالك وكحائز . فيبقى له حق التصرف في العقار المرهون كما يبقى له حق استعماله وحق استغلاله . ولا تتقيد سلطته في كل ذلك إلا بما يجب أن تتقيد به من اعتبار حق الدائن المرتهن ، فإن هذا الحق يبقى قائماً لضمان الوفاء بالدين ، وقد ينتهي إذا لم يف المدين بالدين إلى التنفيذ على العقار المرهون واستيفاء الدين من ثمنه بحسب مرتبة الدائن المرتهن .

١٧٤ — حق الراهن في التصرف في العقار المرهون — نص قانوني :

تنص المادة ١٠٤٣ مدني على ما يأتي :

« يجوز للراهن أن يتصرف في العقار المرهون ، وأى تصرف يصدر منه لا يؤثر في حق الدائن المرتهن »[1] .

وظاهر من هذا النص أن الراهن يحتفظ بحق تصرفه في العقار المرهون

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٤٥١ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : « يجوز للراهن أن يتصرف في العقار المرهون ، ولكن لا يضر هذا التصرف بحق الدائن المرتهن » . ووافقت لجنة المراجعة على النص مع تعديل العبارة الأخيرة منه على الوجه الآتي « وأى تصرف منه لا يمس أى مساس بحق الدائن المرتهن » ، وذلك تحت رقم ١١٣٨ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على النص بعد استبدال عبارة « لا يؤثر في حق » بعبارة « لا يمس أى مساس بحق » ، وذلك تحت رقم ١١٢٤ ، وقد أصبح النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافق عليه مجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٤٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٣٨ – ص ٤٠) .

التقنين المدني السابق : لا مقابل .

كما كان قبل الرهن . ولكن التصرف الذى يصدر منه بعد الرهن لا يمس بحق الدائن المرتهن ولا يؤثر فيه ، وذلك إذا قيد الدائن المرتهن حق رهنه قبل أن يشهر المتصرف إليه التصرف الذى صدر من الرهن . فإذا رهن الراهن العقار مرة ثانية أو أخذ عليه فيه حق اختصاص أو رهنه رهناً حيازياً أو ثبت على العقار المرهون حق امتياز كحق امتياز المتقاسم فيما إذا كان العقار المرهون شائعاً ، فإن الدائن المرتهن ، إذا قيد حق رهنه قبل قيد الرهن الثانى أو حق الاختصاص أو حق الرهن الحيازى أو حق الامتياز ، لا تسرى فى مواجهته هذه الحقوق . ويتقدم عليها جميعاً بحق رهنه الذى قيد قبل ذلك ، ويستوفى الدين الذى له من ثمن العقار المرهون مقدماً على جميع هؤلاء الدائنين[1]. وإذا قرر الراهن على العقار المرهون حق ارتفاق أو حق انتفاع أو حق حكر ، ولكن هذه الحقوق لم تسجل إلا بعد قيد حق الدائن المرتهن ، فإن الدائن المرتهن ينفذ على العقار المرهون خالياً من حق الارتفاق أو حق الانتفاع أو حق الحكر . بل إن الراهن إذا باع العقار المرهون ولم يسجل المشترى البيع إلا بعد قيد الدائن المرتهن لحقه ، فإن هذا الدائن المرتهن يسرى حقه فى مواجهة المشترى ، ولهذا الدائن أن يتتبع العقار فى يد المشترى وينفذ عليه بدينه ، وليس للمشترى إلا أن يفى بالدين أو يخلى العقار أو يطهره[2] كما سيأتى .

---

(١) وقد ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الخصوص : « لا يفقد الراهن فى الرهن الرسمى ملكية العقار ولا حيازته ولا حق التصرف فيه . . . ويستطيع الراهن أخيراً أن يرتب على العقار المرهون حق رهن آخر ، رسميا كان أو حيازياً ، كما يستطيع دائن له أن يأخذ على العقار حق اختصاص ، بل يجوز أن يترتب على العقار حق امتياز كما لو دخل فى أعيان قسمت وترتب عليها امتياز المتقاسم ، ولكن حق الرهن الأول يتقدم على كل هذه الحقوق » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٣٩) .

(٢) وقد ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « فهو (الدائن المرتهن) يستطيع أن يبيع العقار أو يقايض عليه أو يهبه ، ولكن الملكية تنتقل مثقلة بالرهن ما دام الرهن قد قيد قبل تسجيل البيع أو المقايضة أو الهبة . وكذلك يستطيع الراهن أن يقرر على العقار حقا =

فالراهن إذن يحتفظ بحقه فى التصرف فى العقار المرهون ، ولا يتقيد فى ذلك إلا بعدم الإضرار بحق الدائن المرتهن على النحو الذى سبق بيانه . ويستوى فى ذلك أن يتصرف الراهن فى كل العقار المرهون أو فى جزء منه فقط ، فإذا كان تصرفه فى جزء من العقار المرهون لم يسر هذا التصرف فى حق الدائن المرتهن إذا كان قد قيد حقه قبل شهر تصرف الراهن[1] .

كذلك إذا باع الراهن العقار المرهون أجزاء متفرقة إلى عدد من المشترين ، فإن الدائن المرتهن له أن يتتبع كل جزء من العقار فى يد من اشتراه كما يتتبع كل العقار فى يد المشترى فيما قدمناه . وهناك رأى يذهب إلى أن بيع العقار المرهون أجزاء متفرقة إلى عدد من المشترين من شأنه أن يرهق الدائن المرتهن ، إذ يتتبع كل جزء فى يد من اشتراه وفى هذا إعنات له ، فله أن يتمسك بإضعاف التأمين وبسقوط أجل الدين تبعاً لذلك ، وتقاضى الدين فوراً قبل حلول الأجل الأصلى[2] . ولكن هذا الرأى ليس هو الرأى السائد ، فالرأى السائد هو ما قدمناه من أن الدائن المرتهن يتتبع كل جزء من العقار فى يد من اشتراه[3] .

ويبدو أنه لا يجوز للدائن المرتهن أن يشترط على الراهن عدم جواز التصرف فى العقار المرهون ، وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الخصوص : « وحرية الراهن فى أن يتصرف فى العقار المرهون على النحو المتقدم لا يجوز أن يقيدها اتفاق مع الدائن المرتهن ، ويكون باطلا تعهد الراهن للدائن المرتهن بألا يتصرف فى العقار المرهون : انظر م ١١٣٦ من التقنين الألمانى »[4] .

= مبينا أصليا كحق انتفاع أو حق ارتفاق ، ولكن هذه الحقوق لا تنفذ قبل الدائن المرتهن ، ولهذا أن ينفذ غالبا هذه الحقوق » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٣٩) .

(١) قارن شمس الدين الوكيل فقرة ٨٠ ص ٢٤٨ .

(٢) أوبرى ورو ٣ فقرة ٥٨٦ .

(٣) شمس الدين الوكيل فقرة ٨٠ ص ٢٤٩ – ص ٢٥٠ .

(٤) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٣٩ – وانظر فى هذا المعنى عبد الفتاح عبد الباقى =

١٧٥ — التصرف فى العقار المرهون باعتباره منقولا بحسب المآل :

وقد يتصرف الراهن فى العقار المرهون باعتباره منقولا بحسب المآل ، كأن يبيع أشجاراً مغروسة فى العقار بقصد قطعها ، أو يبيع العقار المرهون نفسه ويكون منزلا مثلا بقصد هدمه وتسليمه للمشترى أنقاضاً . ويذهب القضاء الفرنسى فى هذا الصدد إلى أن بيع العقار باعتباره منقولا بحسب المآل يعتبر بيع منقول فيما بين البائع (الراهن) والمشترى ، أما بالنسبة إلى الغير فى هذا البيع ويدخل فى ذلك الدائن المرتهن فإنه يعتبر بيع عقار لا بيع منقول . وعلى ذلك يلزم لسريان هذا البيع فى حق الدائن المرتهن أن يكون البيع مسجلا قبل قيد الرهن فيسرى البيع فى حق هذا الدائن ، أما إذا كان حق الرهن مقيداً قبل تسجيل البيع فإن البيع لا يسرى فى حق الدائن المرتهن[1] .

ورأى القضاء الفرنسى فى هذا الخصوص رأى مقبول ، وإن كان بعض الفقهاء ينتقده لأنه يعطى للشىء الواحد وصفين مختلفين ، فيجعل المنزل مثلا منقولا فيما بين البائع والمشترى وعقاراً بالنسبة إلى الدائن المرتهن . ويمكن تأصيل رأى القضاء الفرنسى على الوجه الآتى :

إذا باع الراهن العقار المرهون باعتباره منقولا بحسب المآل ، فإن هذا التصرف يضر بحق الدائن المرتهن ، ومن حقه أن يمنعه وأن يقف من أعمال الهدم فى العقار المرهون لأن حق الرهن قد تعلق به . وله أن يطلب تعيين حارس على العقار ، ويعتبر هذا من الوسائل التحفظية التى له أن

= فقرة ٢٧٨ – منصور مصطفى منصور فقرة ٣٣ ص ٨٧ – سليمان مرقس فقرة ٨٤ ص ١٣٩ – عبد المنعم فرج الصدة ٨٣ ص ١٠٥ – سمير تناغو فقرة ٢٩ ص ١٠٢ – إسماعيل غانم فى الحقوق العينية الأصلية ٢ فقرة ٣٨ ص ٧٩ – وانظر عكس ذلك وأنه يجوز اتفاق الدائن المرتهن مع الراهن على عدم التصرف فى العقار المرهون : محمد على إمام فقرة ٢١٤ ص ٣١٨ – شمس الدين الوكيل فقرة ٨٠ ص ٢٤٩ هامش ٢ .

(١) نقض فرنسى ٧ يناير سنة ١٩٤٧ داللوز ١٩٤٧ – ١٩٧ – ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٤٩ سيريه ١٩٥٠ – ١ – ١٠٠ .

يتخذها للمحافظة على حقه . فإذا تمكن الراهن من هدم المنزل ، فإن هذا لا يفيد المشترى ، إذ كان واجباً عليه قبل الشراء أن يكشف عما يثقل المنزل من حقوق . ولو فعل ، لوجد أن المنزل مرهون ، وأن حق الدائن المرتهن قد تعلق به . فلو تسلم المشترى أنقاض المنزل لم يتملكها بالحيازة لأنه يمكن أن يعلم ما يثقل المنزل من حق الرهن ، ويجوز للدائن المرتهن أن يسترد هذه الأنقاض منه . وإذا تمكن المشترى من بيع الأنقاض وسلمها لمن اشتراها وكان هذا حسن النية تملكها بالحيازة ، ولكن الدائن المرتهن يمكنه أن يحجز على الثمن تحت يد هذا الحائز ، ويكون له حق التقدم بما له من حق الرهن . ويستطيع الدائن المرتهن فى جميع الأحوال أن يعتبر أن تأمينه قد ضعف بهدم المنزل ، وأن أجل الدين قد سقط فيطالب بالدين فوراً ، كما أن له أن يطلب تقديم تأمين آخر يضمن الوفاء بالدين .

وإذا باع الراهن المنزل قبل رهنه باعتباره منقولا بحسب المآل ، ثم رهنه بعد ذلك ، فإن الدائن المرتهن يعتبر خلفاً خاصاً للراهن . وعلى ذلك إذا كان يجهل وقت الرهن بيع المنزل أنقاضاً ، فإن هذا البيع لا يسرى فى حقه ، وله أن يمنع المشترى من هدم المنزل على النحو الذى قررناه فيما تقدم . أما إذا كان يعلم بسبق بيع المنزل أنقاضاً ، فإن البيع يسرى فى حقه ، ويجوز للمشترى هدم المنزل وتسلم أنقاضه . ولكن يجوز للدائن المرتهن ، إذا كان الثمن لا يزال فى ذمة المشترى ، أن يحجز على الثمن تحت يد المشترى ، ويكون له عليه حق التقدم باعتباره دائناً مرتهناً[1] .

١٧٦ — التصرف فى العقارات بالتخصيص : قدمنا[2] أنه إذا نزع الراهن شيئاً من ملحقات العقار ، كأن يبيع المواشى التى تخدم الأرض فتقع فى يد مشتر حسن النية فيملكها بالحيازة خالصة من الرهن ، كان

---

(١) قارن فى هذه المسألة شمس الدين الوكيل فقرة ٨٢ .

(٢) انظر آنفا فقرة ١٧٠ .

للدائن المرتهن الرجوع على الراهن بضمان التعرض الشخصى . وظاهر أنه إذا تصرف الراهن فى العقارات بالتخصيص الملحقة بالعقار المرهون والتى تعتبر مرهونة مثله ، كان هذا تصرفاً فى بعض العقار المرهون يستوجب مسئولية الراهن ، لأن الراهن ضامن لسلامة الرهن .

ويجب إذن التميز بين فرضين :

(الفرض الأول) أن يكون العقار بالتخصيص لا يزال فى حيازة الراهن ، وقد باعه لمشتر ولكن هذا المشترى لم يتسلمه . ونفرض هنا أن الراهن قد انتقص من قيمة العقار المرهون ببيعه العقار بالتخصيص ، ولم يحل محل هذا العقار بالتخصيص شيئاً آخر أصلح أو مماثلا فى الصلاحية . لأنه فى هذه الحالة لا يكون قد انتقص من قيمة العقار المرهون ، ويكون البيع صحيحاً ، ويستطيع الراهن أن يسلم العقار بالتخصيص الذى باعه للمشترى[1] . أما إذا لم يحل الراهن محل العقار بالتخصيص الذى باعه شيئاً آخر مماثلا له فى الصلاحية ، فإنه يكون قد انتقص من قيمة العقار المرهون . وما دام المشترى لم يتسلم العقار بالتخصيص ، فإنه يبقى فى العقار المرهون مرهوناً مثله ، ويستطيع الدائن المرتهن أن يمنع نقله ، وله أن يطلب تعيين حارس عند الاقتضاء لمنع هذا النقل . وكذلك إذا كان المشترى سيئ النية ، أى يعلم أن ما اشتراه هو عقار بالتخصيص مرهون ضمن العقار الأصلى ، فإن تسلم المشترى إياه لا يكسبه ملكيته ، ويستطيع الدائن المرتهن أن يسترده منه لأنه سيئ النية .

(الفرض الثانى) أن ينتقل العقار بالتخصيص إلى حيازة شخص حسن النية – والمفروض هنا أن الراهن باع العقار بالتخصيص وسلمه لمشتر حسن النية ، فلكه هذا بالحيازة خالصاً من الرهن . وفى هذه الحالة لا يستطيع الدائن المرتهن أن يتمسك بحق الرهن فى مواجهة المشـــترى حسن

---

(١) انظر فى هذا المعنى شمس الدين الوكيل فقرة ٨٣ ص ٢٥٩ .

النية[١] ، ولكنه يستطيع أن يحجز على الثمن فى يد هذا المشترى ، ويستعمل حقه فى التقدم باعتباره دائناً مرتهناً [٢] . وله على كل حال ، إذا كان العقار المرهون قد نقصت قيمته بعد هذا البيع بحيث أصبح لا يكفى لضمان الدين ، أن يطلب تقديم تأمين آخر أو استكمال التأمين الأول حتى يفى بضمان الدين ، أو أن يطلب إسقاط أجل الدين وتقاضى الدين فوراً باعتباره ديناً حالا[٣] .

١٧٧ — حق الراهن فى استغلال العقار المرهون — نص قانونى :

تنص المادة ١٠٤٤ مدنى على ما يأتى :

« للراهن الحق فى إدارة العقار المرهون ، وفى قبض ثماره إلى وقت التحاقها بالعقار »[٤] .

ويفهم من هذا النص أن للراهن الحق فى إدارة العقار حتى يستطيع

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن العقار بالتخصيص داخل ضمن الملحقات ، ويباع مع العقار المرهون ، ما لم يتفق صراحة على خلاف ذلك ، ويقع عبء إثبات هذا الاتفاق على من يدعيه (نقض مدنى ١٤ يناير سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض فى ٢٥ عاما ١ ص ٣٩٢ — وانظر أيضاً نقض مدنى ١٣ يونيه سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض فى ٢٥ عاما ١ ص ٣٩٢) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٤٩ — بلانيول وريبير وبيكيه ١٣ فقرة ٩٠٢ — شمس الدين الوكيل فقرة ٨٣ ص ٢٦٢ .

(٣) ويجب ، حتى يعتبر المشترى حائزاً العقار بالتخصيص ، أن تكون حيازته حيازة غير غامضة لا يشوبها اللبس (نقض فرنسى أول مايو سنة ١٩٠٦ داللوز ١٩٠٩ — ١ — ٣٤٥ — أنسيكلوبيدى داللوز ٢ لفظ hypothèqus فقرة ٢٢٢ وما بعدها — شمس الدين الوكيل فقرة ٨٣ ص ٢٦٢) .

(٤) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٤٥٢ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة ، تحت رقم ١١٣٩ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١٢٥ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٤٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٤٠ — ٤١) .

التقنين المدنى السابق : لا مقابل .

أن يستغله وأن يقبض ثماره ، طبيعية كانت أو مستحدثة أو مدنية ، فالثمار إذن للراهن ، لأن له الحق فى استغلال العقار المرهون . وهذا الحق يرجع إلى أن الراهن لا يزال مالكاً للعقار المرهون وحائزاً له ، حتى بعد الرهن ، فمن حقه إذن أن يستولى على ثماره إذ الثمار تكون أصلا للمالك .

ويستطيع الراهن ، فى إدارته للعقار المرهون ، أن يوجه استغلاله الوجهة التى يراها . فاذا كان العقار المرهون أرضاً زراعية ، وكانت المحصولات التى تنتجها الأرض محصولات عادية ، جاز للراهن أن يزرع فى الأرض أشجاراً للفاكهة أو للورود والأزهار . فيحول الأرض بذلك إلى حدائق مثمرة ، سواء للفاكهة أو للأزهار . بل يجوز له أن يحول الأرض الزراعية إلى أرض للصناعة . فيقيم عليها مصنعاً بما يحتاجه المصنع من أجهزة وأدوات وغيرها . وله أن يحول الأرض الزراعية إلى مبان للسكنى ، فيقيم فوق الأرض منازل ومنشآت سكنية وما إلى ذلك . ويجوز العكس ، فيحول المصنع إلى أرض زراعية . والمبنى إلى مصنع ، والمصنع إلى مبنى ، وما إلى ذلك . ولا يحد من سلطة الراهن ، سواء كان هو المدين أو كان كفيلا عينياً ، فى ذلك إلا حق الدائن المرتهن . فلا يجوز للراهن مثلا ، فى تحويله العقار المرهون إلى أغراض أخرى ، أن ينقص من تأمين الدائن المرتهن . فإن فعل ، جاز للدائن المرتهن أن يعارض فى ذلك ، وأن يطلب وقف الأعمال الضارة بحقه . وله أن يتخذ فى حالة الاستعجال وسائل تحفظية يرجع بمصروفاتها على الراهن ، بل له أن يطلب تعيين حارس يحرس العقار المرهون حتى لا تنقص قيمته . على أن الدائن المرتهن لا يجوز له أن يتخذ من المحافظة على حقه تكئة يستند إليها للحد من نشاط الراهن دون مبرر . فإذا كانت الأرض لا تجود لزراعة الفاكهة مثلا ، وأراد الراهن أن يحولها إلى أرض زراعية للمحصولات العادية ، لم يجز للدائن المرتهن أن يمنعه من ذلك . وإذا كانت العادة أن تزرع الأرض قطناً مرة كل ثلاث سنوات ، وأراد

الراهن أن يزرعها قطناً كل سنتين مرة دون أن يعود ذلك بضرر على الأرض ، لم يستطع الدائن المرتهن أن يحول دون ذلك ، وبخاصة إذا كانت قيمة الأرض تغطى قيمة الدين إلى مدى بعيد[1] . والفيصل فى كل ذلك هو قاضى الموضوع ، فهو الذى يبت دون معقب عليه من محكمة النقض فيما إذا كان استغلال الراهن للعقار المرهون يضر بهذا العقار ، فيمنعه من ذلك ، وإلا أباح له أن يسير فيما هو فيه[2] .

ويبقى للراهن الحق فى قبض ثمار العقار المرهون ، فلا يتعلق بها حق الدائن المرتهن . ولكن ذلك يتقيد أيضاً بحق الدائن المرتهن ، فلا يجوز أن يعود عليه بضرر قبض الراهن للثمار . وقد حدد المشرع لذلك تاريخاً معيناً ، إذا أتى امتنع على الراهن قبض ثمار العقار المرهون ، لأن هذه الثمار تصبح ملحقة بالعقار المرهون ، ويكون للدائن المرتهن أن ينفذ عليها بما له من حق الرهن . وهذا التاريخ هو تسجيل تنبيه نزع الملكية ، فإذا حل الدين المضمون ولم يدفعه المدين ، وأراد الدائن المرتهن التنفيذ على العقار المرهون ، فإنه ينبه على المدين الراهن بنزع ملكية العقار ، ثم يسجل هذا التنبيه . وقد رأينا[3] أن المادة ١٠٣٧ مدنى تنص على أنه « يترتب على تسجيل تنبيه نزع الملكية أن يلحق بالعقار ما يغله من ثمار وإيراد عن المدة التى أعقبت التسجيل ، ويجرى فى توزيع هذه الغلة ما يجرى فى توزيع ثمن العقار » . وأعاد المشرع ذلك فى المادة ١٠٤٤ مدنى ، إذ تنص كما رأينا على أن « للراهن الحق فى إدارة العقار المرهون وفى قبض ثماره إلى وقت التحاقها بالعقار » .

وأهم ما يعرض للراهن فى إدارة العقار المرهون واستغلاله أمور ثلاثة : (١) إيجار العقار المرهون ، ونفاذ ذلك فى حق الدائن المرتهن . (٢) قبض

---

(١) استئناف مختلط ٢ يونيه سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٣٧٧ .

(٢) انظر فى ذلك شمس الدين الوكيل فقرة ٧٤ ص ٢٢٥ .

(٣) انظر آنفاً فقرة ١٦٠ .

الأجرة مقدماً أو الحوالة بها ، ونفاذ ذلك فى حق الدائن المرتهن . (٣) بيع الراهن للثمار المستحدثة قبل حينها .

١٧٨ – إيجار العقار المرهون ونفاذ ذلك فى حق الدائن المرتهن –

نص قانونى : تنص المادة ١٠٤٥ مدنى على ما يأتى :

« ١ – الإيجار الصادر من الراهن لا ينفذ فى حق الدائن المرتهن ، إلا إذا كان ثابت التاريخ قبل تسجيل تنبيه الملكية . أما إذا لم يكن الإيجار ثابت التاريخ على هذا الوجه ، أو كان قد عقد بعد تسجيل التنبيه ولم تعجل فيه الأجرة ، فلا يكون نافذاً إلا إذا أمكن اعتباره داخلا فى أعمال الإدارة الحسنة » .

« ٢ – وإذا كان الإيجار السابق على تسجيل التنبيه تزيد مدته على تسع سنوات ، فلا يكون نافذاً فى حق الدائن المرتهن إلا لمدة تسع سنوات ، ما لم يكن قد سجل قبل قيد الرهن »[1] .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٤٥٣ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ١ – مع ذلك فإن الإيجار الصادر من الراهن لا ينفذ فى حق الدائن المرتهن إلا إذا كان ثابت التاريخ ، وكان سابقا على تسجيل تنبيه نزع الملكية . أما إذا لم يكن الإيجار ثابت التاريخ ، أو عقد بعد تسجيل تنبيه نزع الملكية ، فلا يكون نافذا إلا إذا أمكن اعتباره داخلا فى أعمال الإدارة الحسنة ولم تعجل فيه الأجرة . ٢ – « وإذا كان الإيجار السابق على تسجيل التنبيه تزيد مدته على ثلاث سنوات ، فلا يكون نافذا فى حق الدائن المرتهن إلا لمدة ثلاث سنوات ، ما لم يكن الإيجار قد سجل قبل قيد الرهن » . وعدل النص فى لجنة المراجعة فأصبح مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، و ار رقه ١١٤٠ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١٢٦ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٤٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٤٢ – ص ٤٤) .

التقنين المدنى السابق : لا مقابل . ولكن النص يقابل فى تقنين المرافعات الأسبق : م ٥٤٣ / ٦١٢ : لا يعمل بالإيجارات السابقة على تسجيل ورقة التنبيه ، إلا إذا كان تاريخها ثابتا بصفة رسمية – م ٥٤٤ / ٦١٣ : أما الإيجارات التى يكون تاريخها غير ثابت والتى يكون عقدها بعد تسجيل التنبيه ولم تدفع الأجرة أو بعضها مقدماً ، فتعتمد إذا ظهر أنها حاصلة من باب حسن الإدارة .

وفيما يتعلق بوجوب تسجيل عقد الإيجار إذا زادت مدته على تسع سنوات ، نصت المادة ١١ من من قانون الشهر العقارى على أنه « يجب تسجيل الإيجارات والسندات التى ترد على منفعه العقار إذا زادت مدتها على تسع سنوات والمخالصات والحوالات بأكثر من أجرة ثلاث سنوات مقدماً ، وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشىء من ذلك . ويترتب على عدم تسجيلها أنها لا تكون نافذة فى حق الغير فيما زاد على مدة تسع سنوات بالنسبة إلى الإيجارات والسندات ، وفيما زاد على أجرة ثلاث سنوات بالنسبة إلى المخالصات والحوالة » . وقد رأى المشرع أن الإيجار الذى تزيد مدته على تسع سنوات يكون أقرب إلى أعمال التصرف ، فأوجب تسجيله كأعمال التصرف حتى يعلم به من يقدم على أخذ حق على العقار ، فإن لم يكن مسجلا أنقصت مدته إلى تسع سنوات[1] . فينبغى إذن التمييز بين إيجار تزيد مدته على تسع سنوات وإيجار لا تزيد مدته على ذلك .

فإذا زادت مدة الإيجار الصادر من الراهن بالنسبة إلى العقار المرهون على تسع سنوات ، فإن هذا الإيجار لا يسرى بكامل مدته على الدائن المرتهن إلا إذا كان مسجلا قبل قيد الرهن . فإذا أجر الراهن العقار المرهون لمدة اثنتى عشرة سنة مثلا ، وجب عليه أن يكون قد سجل هذا الإيجار قبل أن يقيد الدائن المرتهن حق الرهن . فإن فعل ، سرى الإيجار بالنسبة إلى الدائن المرتهن لمدة اثنتى عشرة سنة تبدأ من وقت بدء سريان عقد الإيجار . أما إذا لم يكن الإيجار مسجلا ، ولكن له تاريخ ثابت سابق على تسجيل تنبيه نزع

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « والحكمة فى هذه القيود أن الإيجار إذا زادت مدته على (تسع) سنوات صار أقرب إلى أعمال التصرف ، فوجب أن يكون معروفا للدائن المرتهن من طريق التسجيل وذلك قبل أن يقيد الرهن . ويجب ، من ناحية أخرى ، أن يسبق الإيجار مهما كانت مدته تسجيل تنبيه نزع الملكية ، لأن الثمار تلحق بالعقار من ذلك الوقت ، والإيجار تصرف فى الثمار فلا يسمح به بعد تسجيل التنبيه ، إلا إذا أمكن اعتباره نافعا للدائنين بأن كان داخلا فى أعمال الإدارة الحسنة ولم تعجل فيه الأجرة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٤٣) .

الملكية أى التاريخ الذى تلتحق من وقته أجرة العقار المرهون بالعقار نفسه ، فإنه يسرى لمدة تسع سنوات من وقت بدء سريانه . فإذا كان الراهن قد آجر العقار المرهون لمدة اثنتى عشرة سنة دون أن يسجل عقد الإيجار ، ولكن هذا العقد كان له تاريخ ثابت سابق على تسجيل تنبيه نزع ملكية العقار المرهون بخمس سنوات مثلا ، سرى الإيجار فى حق الدائن المرتهن لمدة تسع سنوات فقط . وتبدأ مدة تسع السنوات هذه من وقت بدء سريان عقد الإيجار ، فيسرى هذا العقد على الدائن المرتهن لمدة أربع سنوات من وقت تسجيل تنبيه نزع الملكية ، ويجب على الدائن المرتهن إذا نزع ملكية العقار المرهون أن ينزعها باعتباره مؤجراً لمدة أربع سنوات منذ تسجيل تنبيه نزع الملكية[1] . وإذا كان الإيجار غير ثابت التاريخ قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية أو عقد بعد تسجيل هذا التنبيه ولم تعجل فيه الأجرة ، فإنه لا يسرى فى حق الدائن المرتهن إلا فى حدود أعمال الإدارة الحسنة ، فيسرى لمدة سنة واحدة أو أقل أو أكثر بحسب ما يقدره قاضى الموضوع .

وإذا لم تزد مدة الإيجار على تسع سنوات ، فإن تسجيله لا يكون واجباً . ولكنه يجب ، حتى يسرى لكامل مدته فى حق الدائن المرتهن ، أن يكون ثابت التاريخ قبل تسجيل تنبيه نوع ملكية العقار المرهون . فإذا أجر الراهن العقار المرهون لمدة تسع سنوات ، وكان الإيجار ثابت التاريخ قبل تسجيل تنبيه نزع ملكية العقار المرهون بمدة ثلاث سنوات مثلا ، فإنه يسرى فى حق الدائن المرتهن لمدة تسع سنوات من وقت بدء سريان عقد الإيجار ، أى يسرى لمدة ست سنوات بعد تسجيل تنبيه نزع الملكية ، وعلى الدائن المرتهن أن ينزع ملكية العقار المرهون باعتباره مؤجراً لهذه المدة . أما إذا كان الإيجار غير ثابت التاريخ قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية ، أو عقد بعد تسجيل هذا

(١) بلانيول وريبير وبيكيه ١٣ فقرة ٨٩٧ ص ١٥٠ – شمس الدين الوكيل فقرة ٧٩ ص ٢٣٩ .

التنبيه ولم تعجل فيه الأجرة فإنه لا يسرى فى حق الدائن المرتهن إلا فى حدود الإدارة الحسنة(١) . فيسرى لمدة سنة واحدة أو أقل أو أكثر ، بحسب ما يراه قاضى الموضوع كما سبق القول .

والإدارة الحسنة يشترط فيها ألا تعجل الأجرة إلا فى الحدود المألوفة ، وأن تكون مدة الإيجار سنة واحدة كما قدمنا ، أو كما يقدرها قاضى الموضوع . وتكون المدة عادة لا تزيد على سنة واحدة فى المبانى ، ولا تزيد على ثلاث سنوات فى الأراضى الزراعية ، وهذا ما جرى عليه القضاء المصرى . وتجب ملاحظة أن الأراضى لا يجوز أيضاً أن تقل مدتها عن ثلاث سنوات كما جرى بذلك قانون الإصلاح الزراعى ، فتكون المدة المعقولة فى الأراضى الزراعية هى ثلاث سنوات دائماً .

ويلاحظ أخيراً أن الإيجار الصادر من الراهن والثابت التاريخ قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية قد يكون نتيجة تواطؤ بين الراهن المؤجر وبين المستأجر ، فيتفقان ، بعد أن يرى الراهن أن الدائن المرتهن مزمع على اتخاذ إجراءات التنفيذ ، على كتابة أجرة بخسة إضراراً بالدائن المرتهن ، ويستكمل الراهن من المستأجر الأجرة أو الجزء الأكبر منها خفية . فى هذه الحالة إذا استطاع الدائن المرتهن إثبات ذلك ، يجوز له الطعن فى عقد الإيجار

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ما يأتى : « أخص ما يتصل بالعقار المرهون إيجاره وقبض أجرته . أما الإيجار ، فإن كانت مدته أزيد من (تسع) سنوات فلا ينفذ فى حق الدائن المرتهن إلا إذا كان مسجلا قبل قيد الرهن . فإن لم يكن مسجلا أنزل إلى (تسع) سنوات بشرط أن يكون تاريخه الثابت سابقاً على تسجيل تنبيه الملكية ، وإلا فلا ينفذ إلا إذا أنزل إلى مدة يمكن اعتباره فيها داخلا فى أعمال الإدارة الحسنة ولم تعجل فيه الأجرة ، فيتزل إلى السنة أو السنتين أو الثلاث حسب الظروف . أما إذا كان الإيجار لا تزيد مدته على (تسع) سنوات فينفذ فى حق الدائن المرتهن ولو غير مسجل ، ما دام ثابت التاريخ وسابقا على تسجيل تنبيه الملكية . فإن لم يكن كذلك ، أنزل إلى حدود الإدارة الحسنة على النحو الذى تقدم » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٤٣) .

بالغش ، ورفع الأجرة إلى أن تصل إلى الحد المناسب ، أو اعتبار الإيجار غير نافذ فى حق الدائن المرتهن[1] .

١٧٩ – قبض الأجرة مقدما أو الحوالة بها ونفاذ ذلك فى حق الدائن المرتهن – نص قانونى : تنص المادة ١٠٤٦ مدنى على ما يأتى :

« ١ – لا تكون المخالصة بالأجرة مقدماً لمدة لا تزيد على ثلاث سنوات ، ولا للحوالة بها كذلك ، نافذة فى حق الدائن المرتهن ، إلا إذا كانت ثابتة التاريخ قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية » .

« ٢ – أما إذا كانت المخالصة أو الحوالة لمدة تزيد على ثلاث سنوات ، فإنها لا تكون نافذة فى حق الدائن المرتهن ما لم تكن مسجلة قبل قيد الرهن ، وإلا خفضت المدة إلى ثلاث سنوات مع مراعاة الحكم الواردة فى الفقرة السابقة »[2] .

---

(١) انظر فى ذلك شمس الدين الوكيل فقرة ٧٦ ص ٢٤٠ – ٢٤١ – ولا يرى الطعن فى العقد بالدعوى البولصية ويورد أقوال الفقهاء والفرنسيين فى ذلك .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٤٥٤ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا أن المشروع التمهيدى كان يجعل مدة المخالصة أو الحوالة بالأجرة مقدما سنة واحدة . وقد وافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ١١٤١ فى المشروع النهائى ، بعد رفع المدة إلى ثلاث سنوات . ووافق على مجلس النواب تحت رقم ١١٢٧ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٤٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٤٥ – ص ٤٧) .

التقنين المدنى السابق : لا مقابل . ولكن يقابله المادة ٢ من قانون التسجيل : يجب أيضاً تسجيل ما يأتى : (أولا) العقود والأحكام النهائية المقررة لحقوق الملكية أو الحقوق العينية العقارية الأخرى المشار إليها فى المادة السابقة بما فيها القسمة العقارية . (ثانياً) الإجارات التى تزيد مدتها على تسع سنوات والمخالصات بأكثر من أجرة ثلاث سنوات مقدما . فإذا لم تسجل هذه الأحكام والسندات فلا تكون حجة على الغير كما أنها لا تكون حجة كذلك ولو كانت مسجلة إذا داخلها التدليس ، غير أنه فيما يتعلق بالعقود المشار إليها فى الفقرة الثانية من هذه المادة لا يكون للغير سوى حق تخفيض الإجارة إلى تسع سنوات إذا زادت مدتها عن ذلك وعدم اعتماد ما دفع مقدما زائد عن أجرة ثلاث سنين .

ويؤخذ من هذا النص أن الراهن من حقه أن يقبض ما استحق من الأجرة عن مدة سابقة على تسجيل تنبيه الملكية ، فإن الأجرة فى هذه الحالة تعتبر ثماراً مدنية للعقار المرهون ، وهى من حق الراهن أى مالك هذا العقار ما دامت عن مدة تسبق إلحاق الثمار بالعقار أى تسبق تسجيل تنبيه نزع الملكية .

فإذا قبض الراهن الأجرة مقدماً أو حول بها مقدماً ، وجب التميز بين فرضين :

(الفرض الأول) أن تكون المخالصة أو الحوالة بالأجرة مقدماً عن مدة تزيد على ثلاث سنوات . وهنا يعتبر القانون قبض الأجرة أو الحوالة بها مقدماً عن مدة تزيد على ثلاث سنوات أقرب إلى أعمال التصرف ، فيوجب تسجيل المخالصة أو الحوالة قبل قيد الرهن ، حتى تكون نافذة فى حق الدائن المرتهن لكامل المدة المعجلة . وما دامت المخالصة أو الحوالة قد سجلت قبل قيد الرهن ، فقد علم بها الدائن المرتهن أو ينبغى أن يعلم بها ، وقد أقدم على ارتهان العقار مع تعجيل أجرته لمدة طويلة ، فيكون راضياً بذلك . أما إذا كانت المخالصة أو الحوالة غير مسجلة ، فلا تسرى إلا لمدة ثلاث سنوات ، مع وجوب أن تكون المخالصة أو الحوالة ثابتة التاريخ قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية ، أى قبل إلحاق الثمار بالعقار وعدم جواز تصرف الراهن فى الثمار . فإذا قبض الراهن الأجرة معجلة لمدة خمس سنوات مثلا ، وسجل المخالصة قبل قيد الدائن المرتهن حق رهنه ، فقد علم هذا الدائن بما عجل من الأجرة أو ينبغى أن يكون عالماً بذلك ، فيكون راضياً بما تم ولا سبيل إلى الشكوى . وإذا لم يسجل الراهن المخالصة ، فإنها لا تسرى فى حق الدائن المرتهن إلا لمدة ثلاث سنوات فقط ، ولا تعتبر أجرة السنتين الأخريين من الخمس السنوات قد عجلتا ، ويشترط فى ذلك أن تكون المخالصة (أو الحوالة) ثابتة

التاريخ قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية ، وإلا فإنها لا تسرى فى حق الدائن إلا فى حدود الإدارة الحسنة .

(الفرض الثانى) أن تكون المخالصة أو الحوالة بالأجرة مقدماً عن مدة لا تزيد على ثلاث سنوات . وهنا يعتبر القانون أن هذا عمل عادى ، فلا يوجب تسجيل المخالصة أو الحوالة . ولكنه يشترط أن تكون المخالصة أو الحوالة ثابتة التاريخ قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية ، أى قبل إلحاق الثمار بالعقار حيث لا يكون للراهن الحق فى الثمار من ذلك الوقت . فإذا قبض الراهن الأجرة مقدماً لمدة ثلاث سنوات أو حول بها مقدماً لمدة ثلاث سنوات ، وكانت المخالصة أو الحوالة ثابتة التاريخ قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية ، فإنها تسرى فى حق الدائن المرتهن ، ويجب على هذا الدائن أن يعتبر العقار المرهون قد عجلت أجرته لمدة ثلاث سنوات . فإذا لم تكن المخالصة أو الحوالة ثابتة التاريخ قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية ، فإنه لا يعتد بها إلا بالقدر الذى يتفق مع حسن الإدارة .

ويلاحظ هنا ، كما لوحظ فى إيجار العقار المرهون ، أنه إذا كانت المخالصة أو الحوالة ثابتة التاريخ قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية ، فإن هناك احتمالا أن يكون الراهن قد أدرك أن الدائن المرتهن معتزم على اتخاذ إجراءات التنفيذ ، فبادر بالتواطؤ مع المستأجر إلى قبض الأجرة أو الحوالة بها لمدة ثلاث سنوات حتى يخفف من آثار نزع ملكية العقار المرهون . فإذا استطاع الدائن المرتهن إثبات ذلك ، جاز له أن يطعن فى تعجيل الأجرة بالغش والتواطؤ بين الراهن والمستأجر ، ويطلب اعتبار المخالصة أو الحوالة غير نافذة فى حقه[1] .

١٨٠ — بيع الثمار قبل جنيها : وهنا تكون ثمار العقار ثماراً مستحدثة ،

---

(١) انظر فى ذلك شمس الدين الوكيل فقرة ٧٧ ص ٢٤٣ .

فقد زرعها الراهن فى العقار المرهون ونبتت ، فباعها وهى لا تزال فى الأرض . ولما كانت المادة ١٠٣٧[1] مدنى قد نصت على أنه « يترتب على تسجيل تنبيه نزع الملكية أن يلحق بالعقار ما يغله من ثمار وإيراد عن المدة التى أعقبت التسجيل ، ويجرى فى توزيع هذه الغلة ما يجرى فى توزيع ثمن العقار » ، فإن الثمار المستحدثة إذا كانت الأرض قد أنتجتها أو ساهمت فى إنتاجها فى مدة تالية لتسجيل تنبيه نزع الملكية ، فإن ما أنتجته الأرض فى هذه المدة يكون ملحقاً بالعقار ، ولا يجوز للراهن بيعه إلا إذا كان ذلك يعد من أعمال الإدارة الحسنة .

أما إذا كانت الثمار قد بيعت وهى لا تزال فى الأرض أى قبل جنيها ، وكان البيع قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية ، فهناك رأى يذهب إلى أن البيع ، حتى فى هذه الحالة ، لا يسرى فى حق الدائن المرتهن . ذلك أن الثمار لم تجن ، وهى لا تزال عقاراً ملتصقاً بالأرض ، فلا ينفذ بيعها باعتبارها منقولا فى مواجهة الدائن المرتهن ، ويستطيع هذا اعتبارها عقاراً مرهوناً حتى يتم فصلها من الأرض[2] .

ولكن هذا الرأى لم يرجح ، والرأى الراجح هو عكس ذلك . فيستطيع الراهن أن يبيع الثمار قبل جنيها ، بشرط أن يكون البيع ثابت التاريخ قبل تسجيل نزع الملكية . ويعتبر ذلك بمثابة تعجيل الأجرة ، وهو جائز كما قدمنا[3] .

أما إذا كان البيع غير ثابت التاريخ قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية ،

---

(١) انظر آنفاً فقرة ١٦٠ .

(٢) جارسونيه وسيزاد برو فى قانون المرافعات ٤ فقرة ٣٦٣ – كيش فى طرق التنفيذ فقرة ٢١٠ .

(٣) انظر فى هذا المعنى بلانيول وريبير وبيكيه ١٣ فقرة ٢٩١ – أنسيكلوبيدى داللوز Fruits لفظ فقرة ٩١ – عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٢٢٨ – شمس الدين الوكيل فقرة ٧٨ ص ٢٤٥ .

فإنه لا يسرى فى حق الدائن المرتهن . ومن حق هذا الدائن أن يستبقى المحصولات فى الأرض بعد تسجيل تنبيه نزع الملكية ، ويجرى توزيع ثمنها كما يجرى توزيع ثمن العقار نفسه . وكذلك لو كان البيع ثابت التاريخ قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية ، ولكن الدائن المرتهن ادعى أن هذا البيع كان عن تواطؤ بين الراهن البائع والمشترى للإضرار بحقه ، فإن له أن يطعن فى هذا البيع بالغش ، ويعتبره غير نافذ فى حقه[1] .

١٨١ – حق الراهن فى استعمال العقار المرهون : قدمنا أن الرهن الرسمى لا يجرد الراهن من ملكية العقار المرهون ، ولا من حيازته . فيبقى العقار المرهون فى يده ، يستعمله كما كان يستعمله قبل الرهن[2] . فإذا كان العقار منزلا وكان يسكنه ، استمر ساكناً له بعد الرهن[3] . وإذا كان العقار أرضاً فضاء ، وكان يصطاد فيها أو يستعملها للإقامة اليوم كله ، كان له أن يبقى فى هذه الأرض وأن يصطاد ، كما كان الأمر قبل الرهن .

ولا يقيد من سلطة الراهن فى استعمال العقار المرهون إلا مراعاة حق الدائن المرتهن ، فليس له أن ينقص من قيمة العقار فى استعماله إياه . وليس له أن يهدم العقار المرهون ، إلا إذا كان يريد من وراء هدمه أن يقيم على الأرض بناء آخر لا يقل عن البناء الأول . كذلك ليس له أن يترك البناء دون وقاية حتى يتخرب ، وللدائن المرتهن أن يعترض على هذا الموقف السلبى ، وأن يطلب عند الإقتضاء تعيين حارس يتعهد العقار المرهون بالحفظ

---

(١) انظر فى ذلك شمس الدين الوكيل فقرة ٧٨ .

(٢) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « ويستبقى الراهن حق التصرف فى العقار المرهون ، ويستبقى كذلك عنصرى الملكية الآخرين ، حق الاستعمال وحق الاستغلال . فله أن يستعمل العقار بنفسه ، وله أن يستغله فيجنى ثمراته » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٤١) .

(٣) سمير تناغو فقرة ٣٠ ص ١١٢ .

والعناية ، حتى لا يتهدده بالهلاك[١] .وليس للراهن أن ينتزع من العقار المرهون العقارات بالتخصيص الملحقة به ، إلا إذا قصد من ذلك إحلال عقارات أخرى محلها . فإذا لم يفعل ، كان للدائن المرتهن أن يسترد العقارات بالتخصيص وأن يعيدها إلى ما كانت عليه ، إلا إذا حازها حائز حسن النية فتملكها بالحيازة . وعند ذلك يجوز للدائن المرتهن ، إذا كان العقار المرهون قد نقصت قيمته نقصاً كبيراً بانتزاع العقارات بالتخصيص منه ، أن يطلب استكمال الرهن ، أو تقديم رهن آخر مكانه ، أو إسقاط أجل الدين والمطالبة بالدين فوراً قبل حلول ميعاده الأصلي .

المبحث الثانى

آثار الرهن الرسمى فيما يتعلق بالدائن المرتهن

١٨٢ — نصوص قانونية : تنص المادة ١٠٥٠ مدنى على ما يأتى :

« إذا كان الراهن شخصاً آخر غير المدين ، فلا يجوز التنفيذ على ماله إلا ما رهن من هذا المال . ولا يكون له حق الدفع بتجريد المدين ، ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك » .

وتنص المادة ١٠٥١ مدنى على ما يأتى :

« ١ — للدائن بعد التنبيه على المدين بالوفاء أن ينفذ بحقه على العقار المرهون ، ويطلب بيعه فى المواعيد ووفقاً للأوضاع المقررة فى قانون المرافعات » .

« ٢ — وإذا كان الراهن شخصاً آخر غير المدين ، جاز له أن يتفادى أى إجراء موجه إليه ، إذا هو تخلى عن العقار المرهون وفقاً للأوضاع وطبقاً للأحكام التى يتبعها الحائز فى تخلية العقار » .

---

(١) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ٧ ص ٤٩ — شمس الدين الوكيل فقرة ٧٣ .

وتنص المادة ١٠٥٢ مدنى على ما يأتى :

« ١ — يقع باطلا كل اتفاق يجعل للدائن الحق ، عند عدم استيفاء الدين وقت حلول أجله ، فى أن يتملك العقار المرهون فى نظير ثمن معلوم أياً كان ، أو فى أن يبيعه دون مراعاة للإجراءات التى فرضها القانون ، ولو كان هذا الاتفاق قد أبرم بعد الرهن » .

« ٢ — ولكن يجوز ، بعد حلول الدين أو قسط منه ، الاتفاق على أن ينزل المدين لدائنه عن العقار المرهون وفاء لدينه »[1] .

---

(١) تاريخ النصوص :

م ١٠٥٠ : ورد هذا النص فى المادة ١٤٥٩ من المشرو التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، غير أن المشروع التمهيدى كان يحتوى على فقرة أولى تجرى على الوجه الآتى : « يجوز للدائن المرتهن أن ينفذ بحقه على أموال المدين غير المخصصة لضمان هذا الحق ، شأنه فى ذلك شأن كل دائن عادى ، وذلك مع مراعاة أحكام المادتين ٣٢٨ و ٣٢٩ » . وحذفت لجنة المراجعة هذه الفقرة « لأن حكمها مستفاد من القواعد العامة » ، ووافقت على بقية النص تحت رقم ١١٤٥ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١٣١ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٥٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٥٦ — ص ٥٧) .

التقنين المدنى السابق : لا مقابل .

م ١٠٥١ : ورد هذا النص فى المادة ١٤٦٠ من المشروع التمهيدى على وجه يكاد يكون مطابقا لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت لجنة المراجعة على النص بعد إدخال بعض تعديلات لفظية عليه فأصبح مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وصار رقمه ١١٤٦ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١٣٢ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٥١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٥٨ — ص ٦٠) .

التقنين المدنى السابق م ٥٧٣ / ٦٩٧ فقرة أولى : يجوز للدائن المرتهن ، عند حلول أجل الدين ، أن يشرع ، بعد التنبيه على المدين بالوفاء وإنذاره ببيع العقار ، فى نزع ملكية العقار المرهون وبيعه فى المواعيد المبينة فى قانون المرافعات والأوجه الموضحة به ، وهذا فضلا عما له من حق المطالبة على المدين شخصيا .

م ١٠٥٢ : ورد هذا النص فى المادة ١٤٦١ من المشروع التمهيدى لم يكن يشتمل على عبارة « أو قسط منه » فى الفقرة الثانية . وأدخلت لجنة المراجعة على النص بعض تعديلات لفظية ، =

وهذه النصوص تنظم علاقة الدائن المرتهن بالراهن فى تنفيذ الأول بدينه على العقار المرهون وهى تعرض للمسائل الآتية : (١) تنفيذ الدائن المرتهن بالحق الذى له . (٢) التنفيذ على الكفيل العينى أى الراهن غير المدين . (٣) بطلان شرط تملك العقار المرهون عند عدم الوفاء . (٤) بطلان شرط بيع العقار المرهون دون إجراءات أو شرط الطريق الممهد .

١٨٣ — تنفيذ الدائن المرتهن بالحق الذى له : رأينا[١] أن الفقرة الأولى من المادة ١٠٥١ مدنى تنص على أن « للدائن بعد التنبيه على المدين بالوفاء أن ينفذ بحقه على العقار المرهون ، ويطلب بيعه فى المواعيد ووفقاً للأوضاع المقررة فى قانون المرافعات » . وكانت المادة ١٠٥٠ مدنى فى مشروعها التمهيدى تحتوى على فقرة أولى تنص على أنه « يجوز للدائن المرتهن أن ينفذ بحقه على أموال المدين غير المخصصة لضمان هذا الحق ، شأنه فى ذلك شأن كل دائن عادى ، وذلك مع مراعاة المادتين ٣٢٨ و ٣٢٩ » ، فحذفت لجنة المراجعة هذه الفقرة « لأن حكمها مستفاد من القواعد العامة »[٢] . ويتبين من هذه النصوص أن الدائن المرتهن يتقدم للتنفيذ بحقه ، عند حلول أجل هذا الحق ، بصفتين :

(أولا) صفته باعتباره دائناً عادياً كسائر الدائنين ، وبهذه الصفة يكون له التنفيذ بحقه على جميع أموال المدين ، شأنه فى ذلك شأن أى دائن عادى . فله أن ينفذ على عقارات المدين ومنقولاته دون أن يكون له فيها

= وأقرته تحت رقم ١١٤٧ فى المشروع النهائى . وأضاف مجلس النواب عبارة « أو قسط منه » قبل كلمة « الاتفاق » فى الفقرة الثانية ، فصار النص تحت رقم ١١٣٣ مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافق عليه مجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٥٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٦٠ — ص ٦٣) .

التقنين المدنى السابق : لا مقابل .

(١) انظر آنفاً فقرة ١٨٢ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ١٨٢ فى الهامش .

حق التقدم ، لأنه إنما يتقدم كدائن عادى . ويجب أن يبدأ التنفيذ بإعلان التنبيه بنزع ملكية العقار أو العقارات التى ينفذ عليها ، والغالب أن يكون حقه مع الرهن الرسمى فى ورقة واحدة ، فتكون ورقة رسمية . ومن ثم لا يحتاج إلى حكم ، وله أن ينفذ بهذه الورقة الرسمية ، ويختار أى منقول أو عقار للمدين للتنفيذ عليه . فإذا اختار عقاراً أو عقارات وهو الغالب ، أعلن التنبيه بنزع ملكية العقار إلى المدين ، واستمر فى التنفيذ حتى يستوفى حقه أو بعض حقه من هذا العقار أو العقارات .

ولكن الدائن يتقيد فى ذلك بقيدين : (١) ألا ينفذ على عقار أو عقارات تكون قيمتها أكبر بكثير من حقه (م ٣٢٩ من المشروع التمهيدى) ؛ (٢) ألا ينفذ الدائن على أموال المدين غير المرهونة إلا إذا كان العقار المرهون لا يفى بالدين[1].

(ثانياً) صفته باعتباره دائناً مرتهناً ، وحق رهنه هنا يتركز فى العقار المرهون . فله ، بعد التنبيه على المدين بالوفاء ، أن ينفذ بحقه على العقار المرهون . وهنا يكون حقه فى العقار المرهون ثابتاً فى ورقة رسمية حتماً ، لأن الراهن الرسمى يجب أن يكون فى ورقة رسمية . ومن ثم لا يحتاج الدائن المرتهن إلى حكم ، بل ينفذ بموجب هذه الورقة الرسمية ، ويبدأ التنفيذ بإعلان التنبيه بنزع ملكية العقار إلى المدين . فإذا كان التنفيذ على عقار مرهون من غير المدين أى من كفيل عينى ، أعلن التنبيه إلى الراهن بعد تكليف المدين بالوفاء . فالدائن المرتهن يستوفى حقه من العقار المرهون طبقاً

---

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الخصوص : « للدائن المرتهن صفتان : (أ) صفته باعتباره دائنا كسائر الدائنين ، أموال المدين ضمان عام له ، فله أن ينفذ عليها جميعا دون أن يكون له حق التقدم . ويراعى فى التنفيذ القيود العامة ، وأهمها أنه لا ينفذ على مال غير مرهون قبل التنفيذ على المال المرهون (م ٣٢٨ من المشروع) ، وأنه لا ينفذ على مال تكون قيمته أكبر بكثير من حقه (م ٣٢٩ من المشروع) (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٦١) .

للإجراءات القانونية ، فيطلب بيعه فى المواعيد ووفقاً للأوضاع المقررة فى تقنين المرافعات . وهو باعتباره دائناً مرتهناً ، يتقدم فى استيفاء حقه من العقار المرهون بحسب مرتبته ، بل وله حق تتبع هذا العقار كما سيجىء . كل هذا مع مراعاة ألا ينفذ الدائن على العقار ، إلا بالقدر الذى يفى بالحق (م ٣٢٩ من المشروع) .

وتنتهى الإجراءات إلى بيع العقار المرهون جبراً فى المزاد ، ويستوفى الدائن المرتهن حقه من ثمنه . وكل اتفاق على غير ذلك يكون باطلا ، لمخالفته للنظام العام . ذلك أن هذه الإجراءات قد رسمها القانون لضمان حق كل من الدائن المرتهن والراهن ، فالإخلال بشىء منها يكون باطلا ، إذ يخشى أن يكون الدائن المرتهن قد استغل حاجة الراهن . وسنرى فيما يلى بطلان الاتفاق على أن يتملك الدائن المرتهن العقار المرهون إذا لم يف المدين بالدين[1] ، وبطلان الاتفاق على بيع العقار المرهون دون اتباع الإجراءات التى فرضها القانون[2].

١٨٤ — التنفيذ على الكفيل العينى : وقد يتفق أن يكون الراهن هو غير المدين ، وهذا هو الكفيل العينى . وقد رأينا[3] أنه « إذا كان الراهن

---

(١) انظر ما يلى فقرة ١٨٥ .

(٢) انظر ما يلى فقرة ١٨٦ — وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الخصوص : للدائن المرتهن صفتان : (أ) . . . . (ب) صفته باعتباره دائنا مرتهنا ، وحق الرهن يتركز فى العقار المرهون . وهو سلطة تخول الدائن أن يستوفى حقه من هذا العقار طبقاً للاجراءات التى نص عليها تقنين المرافعات ، مع مراعاة ألا ينفذ على العقار إلا بالقدر الذى يفى بالحق (م ٣٢٩ من المشروع) . فالدائن المرتهن لا يستوفى إذن حقه من العقار المرهون إلا طبقا لإجراءات معينة تنتهى آخر الأمر إلى بيع العقار جبراً فى المزاد ، وكل اتفاق على غير ذلك يكون باطلا لمخالفته النظام العام ، لأن الإجراءات التى فرضها القانون قد وضعت لضمان حق كل من الدائن المرتهن والراهن بما يحقق التوازن بين المصالح المتعارضة ، فالإخلال بشىء من ذلك لا يقره القانون ولو ارتضاه المتعاقدان ، إذ يخشى أن يكون الدائن المرتهن قد استغل حاجة الراهن وانتزع رضاه » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٦١ — ص ٦٢) .

(٣) انظر آنفاً فقرة ١٨٢ .

شخصاً آخر غير المدين ، فلا يجوز التنفيذ على ماله إلا ما رهن من هذا المال . ولا يكون له حق الدفع بتجريد المدين ، ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك » (م ١٠٥٠ مدنى) . ورأينا [١] أن الفقرة الثانية من المادة ١٠٥١ تنص على ما يأتى : « وإذا كان الراهن شخصاً آخر غير المدين ، جاز له أن يتفادى أى إجراء موجه إليه ، إذا هو تخلى عن العقار المرهون وفقاً للأوضاع وطبقاً للأحكام التى يتبعها الحائز فى تخلية العقار » .

ويؤخذ من هذه النصوص أن الكفيل العينى إنما التزم عينياً بوفاء الدين المضمون ، بأن رهن مالا له رهناً رسمياً أو رهناً حيازياً فى هذا الدين . فإذا كان الكفيل العينى قد رهن عقاراً له فى الدين رهناً رسمياً ، وحل الدين ، جاز للدائن المرتهن ، بعد اتباع الإجراءات المقررة ، أن يقوم بالتنفيذ على هذا العقار وحده دون سائر أموال الكفيل العينى ، فإن هذا الكفيل لايجب عليه الضمان العام فى جميع أمواله للوفاء بالدين ، بل هو غير مسئول عن الدين إلا فى حدود العقار الذى رهنه رهناً رسمياً . فلا يجوز إذن للدائن المرتهن أن ينفذ على أى مال للكفيل العينى غير العقار المرهون ، وتقول المادة ١٠٥٠ مدنى فى هذا الصدد : « إذا كان الراهن شخصاً آخر غير المدين ، فلايجوز التنفيذ على ماله إلا ما رهن من هذا المال . . . . » . ولم يقل النص : فلا يجوز التنفيذ إلا على ما رهن الكفيل من المال ، لأن هذه العبارة قد توهم أن الدائن المرتهن لا يستطيع أن ينفذ إلا على العقار المرهون ، فى حين أنه يستطيع أن ينفذ ، إلى جانب ذلك ، على مال المدين نفسه ، باعتبار الدائن دائناً عادياً ، بما له من ضمان عام على مال مدينه . بل قد يكون المدين رهن مالا آخر فى الدين ، فيجوز للدائن المرتهن فى هذه الحالة أن ينفذ على هذا المال الآخر كما ينفذ على عقار الكفيل العينى المرهون . وعلى ذلك يكون للدائن المرتهن أن يبدأ التنفيذ على عقار الكفيل العينى ، أو يبدأه على العين

---

(١) انظر آنفاً فقرة ١٨٢ .

المرهونة المملوكة للمدين ، أو ينفذ على المالين معاً إذا لم يكن مال منهما كافياً للوفاء بالدين . وإذا لم يكن المدين قد رهن فى الدين مالا له ، جاز للدائن كما قدمنا أن ينفذ على أى مال للمدين[1] كدائن عادى . ولكن لايجوز للكفيل العينى أن يجبر الدائن على التنفيذ أولا على أموال المدين ، مرهونة فى الدين أو غير مرهونة ، أى أنه ليس له حق تجريد المدين أولا قبل التنفيذ على عقاره المرهون ، إلا إذا وجد اتفاق على هذا الأمر . وتقول العبارة الأخيرة من المادة ١٠٥٠ مدنى كما رأينا : « ولا يكون له (للكفيل العينى) حق الدفع بتجريد المدين ، ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك »[2] .

ولما كان الكفيل العينى غير مسئول عن الدين إلا فى حدود العقار المرهون ، فإن له أن يتفادى أى إجراء موجه ضده من إجراءات التنفيذ المتقدم ذكرها إذا هو تخلى عن العقار المرهون وفقاً للأوضاع وطبقاً للأحكام التى يتبعها الحائز فى تخلية العقار[3] . وعلى ذلك يستطيع الكفيل العينى ، إذا أراد توقى إجراءات التنفيذ ، أن يتخلى عن العقار الذى رهنه كما يتخلى

---

(١) منصور مصطفى منصور فقرة ٣٥ ص ٩٣ – شمس الدين الوكيل فقرة ٨٥ ص ٢٦٧ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٨٧ ص ١٢٣ – أحمد سلامة فقرة ٧٥ ص ٢٦٠ .

(٢) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « سلطة الدائن المرتهن على العقار المرهون واحدة ، سواء كان العقار المرهون مملوكا للمدين نفسه كما هو الغالب ، أو كان مملوكا لكفيل عينى . فيرجع الدائن على العقار المملوك للكفيل ولا يرجع من مال هذا الكفيل إلا على هذا العقار . وهذا ما تقضى به المادة (١٠٥٠ مدنى) ، فهى تنص على أنه إذا كان الراهن شخصا آخر غير المدين ، فلا يجوز التنفيذ على ماله إلا ما رهن من هذا المال . وقد احتاط النص فلم يقل إن التنفيذ لا يجوز إلا على ما رهن الكفيل ، بل قال إن التنفيذ لا يجوز على مال الكفيل إلا ما رهن ، حتى لا ينفى جواز التنفيذ على مال المدين بما للدائن من ضمان عام . ولكن لا يجوز للكفيل العينى أن يجبر الدائن أن يرجع أولا على مال المدين (وهذا هو حق التجريد) لأن عقار الكفيل مرهون فى الدين ، ويجوز للدائن أن يبدأ التنفيذ على هذا العقار حتى لو كان فى مال المدين عين أخرى مرهونة فى نفس الدين ، وللدائن أن يبدأ التنفيذ على أى من العينين المرهونتين » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٦٢) .

(٣) انظر م ١٠٥١ / ٢ مدنى آنفاً فقرة ١٨٢ .

الحائز للعقار المرهون ، ويتبع فى ذلك ما يتبعه الحائز من أوضاع ، ويسرى عليه ما يسرى على الحائز من أحكام . وتقول المادة ١٠٧١ مدنى فى تخلى الحائز عن العقار المرهون ما يأتى : « ١ – تكون تخلية العقار المرهون بتقرير يقدمه الحائز إلى قلم كتاب المحكمة الابتدائية المختصة ، ويجب عليه أن يطلب التأشير بذلك فى هامش تسجيل التنبيه بنزع الملكية ، وأن يعلن الدائن المباشر للإجراءات بهذه التخلية فى خلال خمسة أيام من وقت التقرير بها . ٢ – ويجوز لمن له مصلحة فى التعجيل أن يطلب إلى قاضى الأمور المستعجلة تعيين حارس تتخذ فى مواجهته إجراءات نزع الملكية . ويعين الحائز حارساً إذا طلب ذلك » . وعلى ذلك يتخلى الكفيل العينى عن العقار المرهون بتقرير يقدمه أمام قلم كتاب محكمة العقار الابتدائية ، ويؤشر به فى هامش تسجيل تنبيه نزع الملكية . وعليه أن يعلن الدائن المرتهن بالتخلية فى خمسة أيام من وقت التقرير بها . وعندئذ لا يستمر فى اتخاذ إجراءات التنفيذ فى مواجهة الكفيل العينى ، ولو أنه يبقى مالكاً للعقار . ويجوز لكل ذى مصلحة ، ويدخل فى ذلك الدائن المرتهن والكفيل العينى نفسه ، أن يطلب إلى قاضى الأمور المستعجلة تعيين حارس يتخذ الإجراءات فى مواجهته ، وإذا طلب الكفيل العينى تعيينه حارساً وجب تعيينه . وتتخذ إجراءات التنفيذ على العقار ضد الحارس ، وبعد بيع العقار واستيفاء الدائن المرتهن حقه من ثمنه ، إن بقى شىء من هذا الثمن كان من حق الكفيل العينى ، لأنه يبقى مالكاً للعقار المرهون كما قدمنا[1] .

١٨٥ – بطلان شرط تملك العقار المرهون عند عدم الوفاء : رأينا[2] أن الفقرة الأولى من المادة ١٠٥٢ مدنى تنص على أن « يقع باطلا كل اتفاق

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « ويستطيع الكفيل العينى أن يتخلص من توجيه الإجراءات ضده) إذا هو تخلى عن العقار المرهون » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٦٢) .

(٢) انظر آنفاً فقرة ١٨٢ .

يجعل للدائن الحق ، عند عدم استيفاء الدين وقت حلول أجله ، فى أن يتملك العقار المرهون فى نظير ثمن معلوم أياً كان . . . . ولو كان هذا الاتفاق قد أبرم بعد الرهن » . فإذا اتفق الدائن المرتهن مع الراهن ، مديناً كان أو كفيلا عينياً ، على أنه عند حلول أجل الدين وعدم الوفاء به يكون للدائن المرتهن الحق فى أن يتملك العقار المرهون بثمن هو الدين المستحق وهذا هو الغالب ، أو بأى ثمن آخر وقد يكون أكبر من الدين المستحق ، فإن هذا الاتفاق يكون باطلا لمخالفته للنظام العام . وهذا الاتفاق يعرف باسم (pacte commissoire) ، ويلجأ إليه الدائن المرتهن حتى يستغل موقف الراهن . وموقف الراهن يكون عادة ضعيفاً ، ويستطيع الدائن المرتهن أن يفرض عليه الشرط . وكثيراً ما يعتقد الراهن أن الدين سيوفى عند حلول أجله ، ونظراً لضعف مركزه يقبل هذا الشرط ، ويجعل الثمن هو نفس الدين المستحق ، أو إذا كانت قيمة العقار تزيد كثيراً عن هذا الدين يجعل الثمن أكبر من الدين المستحق ، ولكنه لا يصل عادة إلى قيمة العقار[1]. وقد أراد المشرع حماية الراهن من هذا الاستغلال المخالف للنظام العام ، فنص صراحة على أن هذا الاتفاق يكون باطلا ، أياً كان الثمن الذى اتفق عليه[2] ، وهو لا يكون عادة إلا أقل من القيمة الحقيقية للعقار لأن الفرق بين هذه القيمة الحقيقية والثمن هو الذى يستفيده الدائن المرتهن[3] . ويغلب

---

(١) وبلانيول وريبير وبيكيه فقرة ٤٤٥ – بودرى ودى لوان ٢ فقرة ١٢٩١ .

(٢) ويكون أيضاً باطلا بطريق القياس شرط تملك الدائن المرتهن مالا آخر للراهن فى مقابل الدين ، أو شرط حصوله بعد بيع العقار على كل ثمنه ولو كان أكثر من الدين المضمون (عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٢٩٢ ص ٤٠٧ – محمد على إمام فقرة ٣٢٤ ص ٣٣٤ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٨٩ ص ١٢٥ – منصور مصطفى منصور فقرة ٣٨ ص ٩٥ – ص ٩٦) .

(٣) وحتى لو كان الثمن يساوى القيمة الحقيقية للعقار المرهون أو كان أكثر من هذه القيمة ، فإن الاتفاق يكون باطلا ، لأن المشرع لا يريد أن يكون هذا الأمر محل تحقيق وخبرة طويلة يحتدم فيها الخلاف . على أن هذا الفرض يكاد لا يتحقق ، لأن الدائن المرتهن يحرص عادة على جعل الثمن أقل من القيمة الحقيقية للعقار .

أن بوضع هذا الشرط الباطل فى عقد الرهن الرسمى ذاته ، ولكن لا شىء يمنع من أن يكون الاتفاق بعد عقد الرهن الرسمى ، فيبرم فى اتفاق لاحق . والاتفاق اللاحق كالاتفاق المعاصر يكون باطلا لنفس الأسباب ، وقد نص المشرع صراحة على ذلك إذ قال كما رأينا : « ولو كان هذا الاتفاق قد أبرم بعد الرهن »[١] . وبطلان الاتفاق لا يمس عقد الرهن الرسمى نفسه ، فيبطل الاتفاق لمخالفته للنظام العام ، ولكن عقد الرهن الرسمى يبقى صحيحاً[٢]. على أنه إذا أثبت الدائن المرتهن أن هذا الاتفاق كان هو الشرط الدافع لإبرام عقد الرهن ، فإن عقد الرهن يبطل أيضاً كبطلان الاتفاق . وقد نصت المادة ١٤٣ مدنى فى هذا الصدد على أنه « إذا كان العقد فى شق منه باطلا أو قابلا للإبطال ، فهذا الشق وحده هو الذى يبطل ، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذى وقع باطلا أو قابلا للإبطال فيبطل العقد كله »[٣] .

ولا يصح هذا الاتفاق إلا إذا أبرم بعد حلول الدين أو حلول قسط منه ، فإن مظنة ضعف الراهن تكون قد انتفت بحلول الدين كله أو بعضه . وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ١٠٥٢ مدنى على ذلك ، إذ تقول كما رأينا[٤] : « ولكن يجوز ، بعد حلول الدين أو قسط منه ، الاتفاق على أن ينزل المدين لدائنه عن العقار المرهون وفاء لدينه » . فيجوز إذن ، بعد حلول الدين كله أو بعضه ، للراهن ، مديناً كان أو كفيلا عينياً ، أن يتفق مع الدائن المرتهن

---

(١) جمال الدين زكى فقرة ١٧٨ – شمس الدين الوكيل فقرة ٨٧ ص ٢٧٣ .

(٢) بيدان وفواران فقرة ٢٢٢ – محمد كامل مرسى فقرة ٨٢ – عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٢٩٣ – سليمان مرقس فقرة ٨٢ ص ١٣٦ – ولا يمنع بطلان شرط التملك عند عدم الوفاء من أن يدخل الدائن المرتهن فى المزاد الجبرى ، ومن رسو المزاد عليه ، لأن المزاد الجبرى يكون محوطا بالضمانات التى يتطلبها القانون (سليمان مرقس فقرة ٨٢ ص ١٣٦) .

(٣) سمير تناغو فقرة ٣١ ص ١٢٤ هامش ١ .

(٤) انظر آنفاً فقرة ١٨٢ .

على أن ينزل له عن العقار المرهون فى نظير الدين ، ويكون هذا وفاء بمقابل : بل يجوز للراهن أن يتفق مع الدائن المرتهن فى هذه الحالة على أن يبيع له العقار المرهون بثمن أياً كان ، أكبر أو مساو أو أقل من الدين المستحق : فإن الراهن لا يكون فى مثل هذه الظروف تحت ضغط الحاجة ، فقد استحق الدين ويستطيع أن يمتنع عن الاتفاق مع الدائن المرتهن إن شاء ، ويطلب بيع العقار المرهون طبقاً للإجراءات التى قررها القانون[1] .

١٨٦ — بطلان شرط بيع العقار المرهون دون إجراءات : وهذا أيضاً شرط باطل إذ يقارب شرط تملك العقار المرهون عند عدم الوفاء ، ويسمى عادة بشرط الطريق الممهد (clause de voie parée) : وصورته أن يتفق الدائن المرتهن مع الراهن ، مديناً كان أو كفيلا عينياً ، على أنه عند حلول أجل الدين وعدم الوفاء به يجوز بيع العقار المرهون بالممارسة أو بأية طريقة كانت دون اتباع الإجراءات التى فرضها تقنين المرافعات فى البيوع الجبرية[2] . ويخشى هنا أيضاً من استغلال الدائن المرتهن

---

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « فيقع باطلا كل اتفاق يعطى الدائن الحق ، إذا لم يستوف الدين عند حلول أجله ، فى أن يتملك العقار المرهون بأى ثمن كان ، وهذا هو شرط التملك عند عدم الوفاء ، أو فى أن يبيعه دون أن يراعى الإجراءات التى فرضها القانون ، وهذا هو شرط الطريق الممهد ، سواء أبرم الاتفاق فى عقد الرهن ذاته أو أبرم بعده مادام قد تم قبل حلول الدين . أما إذا حل الدين فقد انعدمت شبهة استغلال الدائن المرتهن لحاجة الراهن ، وأصبح هذا على بينة من الأمر . فيجوز الاتفاق حينئذ على أن ينزل الراهن عن العقار المرهون وفاء الدين أو على أن يشترى الدائن العقار بثمن معين أكبر أو أقل من الدين ، أو على أن يباع العقار بالممارسة لا بالمزاد العلنى ، وقد يكون فى هذه الاتفاقات مصلحة الراهن نفسه ، إذ يتجنب المصروفات التى تنجم عن بيع العقار بالمزاد » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٦٢) .

(٢) ولم يكن مسموحاً فى القانون الرومانى أن يبيع الدائن المرتهن الشىء المرهون ، ما لم يوجد اتفاق على إعطائه هذا الحق . وقد أصبح هذا الاتفاق مفترضا فى عهد أولبيان ، وأصبح للدائن المرتهن الحق فى أن يبيع الشىء المرهون بالطريقة التى يختارها ، بالمزاد أو بالممارسة . وفى القانون الفرنسى القديم حدث تطور امتنع بموجبه على الدائن المرتهن أن

لضعف مركز الراهن ، فيفرض عليه هذا الشرط . وبذلك يحرم الراهن من الحماية التي كفلها له القانون في فرض إجراءات معينة في بيع العقار المرهون بيعاً جبرياً ، وما تتضمنه هذه الإجراءات من أحكام تؤدي عادة إلى بيع العقار بأكبر قيمة ممكنة . وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ١٠٥٢ مدني على ذلك الحكم ، إذ تقول كما رأينا[١] « يقع باطلا كل اتفاق يجعل للدائن الحق ، عند عدم استيفاء الدين وقت حلول أجله ، في أن . . . . يبيعه (العقار المرهون) دون مراعاة للإجراءات التي فرضها القانون ، ولو كان هذا الاتفاق قد أبرم بعد الرهن » . فيكون إذن باطلا ، لمخالفته للنظام العام ، كل اتفاق بين الراهن والمرتهن على بيع العقار المرهون ، عند حلول أجل الدين وعدم الوفاء به ، دون اتباع الإجراءات التي فرضها القانون في البيوع الجبرية . وسواء عقد هذا الاتفاق عند عقد الرهن الرسمي أو عقد بعد إبرام الرهن ، فإنه يكون باطلا في الحالتين . ويقتصر أثر البطلان هنا أيضاً على الشرط نفسه ، ويبقى عقد الرهن الرسمي صحيحاً[٢] ، ما لم يكن هذا الشرط هو الدافع للداهن المرتهن على التعاقد فيبطل الشرط والرهن معاً ، كما قدمنا في شرط تملك العقار المرهون عند عدم الوفاء[٣] .

أما إذا عقد الاتفاق بعد حلول أجل الدين كله أو حلول قسط منه ، فإن الاتفاق يصح ، لأن مظنة استقلال الراهن في هذه الحالة تكون قد

= يتملك الشيء المرهون أو أن يستولى على حيازته ، وأصبح واجباً عليه أن يتخذ إجراءات التنفيذ على الشيء المرهون ، شأنه في ذلك شأن أي دائن آخر (بلانيول وريبير وبيكيه ١٣ فقرة ٩٠٣) .

(١) انظر آنفاً فقرة ١٨٢ .

(٢) جيوار ٢ فقرة ١٠٣٨ – بودري ودي لوان ٢ فقرة ١٢٨٩ – بلانيول وريبير وبيكيه ٢ فقرة ٤٤٤ .

(٣) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ، وقد سبق إيرادها آنفاً فقرة ١٨٥ في الهامش . وانظر بودري ودي لوان ٢ فقرة ١٢٨٩ .

انتفت ، كما رأيناها قد انتفت فى شرط تملك العقار المرهون عند عدم الوفاء . ولم تنص الفقرة الثانية من المادة ١٠٥٢ مدنى ، كما رأينا[1] ، صراحة على جواز الاتفاق إذا عقد بعد حلول الدين كله أو بعضه ، كما نصت على جواز الاتفاق فى هذه الحالة على تملك العقار المرهون عند عدم الوفاء . ولكن يمكن قياس الحالة الأولى على الحالة الثانية ، والقول بصحة الاتفاق فى الحالتين[2] . ويؤيد ذلك ما ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الخصوص ، فهى تقول : « أما إذا حل الدين فقد انعدمت شبهة استغلال الدائن المرتهن لحاجة الراهن ، وأصبح هذا على بينة من الأمر . فيجوز الاتفاق حينئذ . . . . على أن يباع العقار بالممارسة لا بالمزاد العلنى ، وقد يكون فى هذه الاتفاقات مصلحة للراهن نفسه ، إذ يتجنب المصروفات التى تنجم عن بيع العقار بالمزاد »[3] .

الفرع الثانى

أثر الرهن الرسمى بالنسبة إلى الغير

١٨٧ — ما هو المقصود بالغير هنا : المقصود بالغير هنا ليس هو

---

(١) انظر آنفاً فقرة ١٨٢ .

(٢) وقد أجاز القضاء الفرنسى أن يوكل الراهن الدائن المرتهن ، بعد استحقاق أجل الدين ، فى بيع العقار المرهون واستيفاء حقه من ثمنه (جيوار ٢ فقرة ١٠٢٩ — بودرى ودى لوان ٢ فقرة ١٢٩٠ — بلانيول وريبير وبيكيه ١٢ فقرة ٤٤٥ و ١٣ فقرة ٩٠٨) ، حتى لو كانت الوكالة لا يجوز الرجوع فيها بإرادة الراهن وحده إذا أعطيت بعد عقد الرهن بمدة طويلة ، وبوجه خاص إذا أعطيت بعد حلول الدين المضمون (نقض فرنسى ٢٥ مارس سنة ١٩٠٣ داللوز ١٩٠٤ — ١ — ٢٧٣ — بلانيول وريبير وبيكيه ١٢ فقرة ٤٥ ص ٤٨٣) .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٦٢ — شمس الدين الوكيل فقرة ٨٨ ص ٢٧٥ — ويجوز بطبيعة الحال لأى دائن آخر يكون طرفاً فى إجراءات التنفيذ ألا يعمل بهذا الاتفاق لأنه ليس طرفاً فيه ، وينفذ على العقار المرهون وفقاً للإجراءات التى رسمها تقنين المرافعات (شمس الدين الوكيل فقرة ٨٨ ص ٢٧٥) .

الراهن ولا الدائن المرتهن ، فإن هذين هما المتعاقدان فى عقد الرهن ، فلا يعتبران من الغير . وقد سبق الكلام فى آثار الرهن الرسمى بالنسبة إليهما .

وإنما المقصود بالغير هنا هو كل شخص له حق يضار من وجود الرهن الرسمى . وعلى ذلك يشمل الغير الفئات الثلاث الآتية :

(١) كل شخص له حق عينى تبعى على العقار المرهون.. وتتضمن هذه الفئة دائناً آخر مرتهناً رهناً رسمياً ، ودائناً له حق اختصاص على العقار المرهون ، ودائناً مرتهناً العقار المرهون رهن حيازة ، ودائناً له حق امتياز على العقار المرهون . فإن كلا من هؤلاء الدائنين له حق عينى تبعى على العقار المرهون ، ويضار من وجود الرهن الرسمى إذا تقدم عليه صاحب هذا الحق وتقاضى حقه قبله من العقار المرهون .

(٢) كل دائن عادى للراهن ليس له حق عينى على العقار المرهون ، لأن هؤلاء الدائنين العاديين من حقهم لتقاضى ديونهم أن ينفذوا على العقار المرهون ، ويكونون جميعاً على قدم المساواة . فهم إذن يضارون إذا كان هناك دائن مرتهن رهناً رسمياً للعقار ، وكان من حقه أن يتقدم عليهم جميعاً فى تقاضى حقه من العقار المرهون .

(٣) كل شخص له حق عينى أصلى على العقار المرهون . مثل ذلك إذا انتقلت ملكية العقار المرهون إلى مالك آخر ، فإن هذا المالك الآخر يضار بوجود الرهن الرسمى على العقار إذا كان الدائن المرتهن يستطيع التنفيذ على العقار وهو فى يد المالك الآخر . وكذلك الحال بالنسبة إلى صاحب حق الانتفاع ، وبالنسبة إلى صاحب حق الرقبة ، وبالنسبة إلى صاحب حق الحكر . فإن هؤلاء جميعاً يضارون بوجود حق الرهن الرسمى على العقار ، إذا تمكن الدائن المرتهن من التقدم عليهم فى استيفاء حقه من العقار المرهون .

فيكفينا هنا أن نقول ، كما قدمنا ، إن الغير هو كل شخص له حق

يضار من وجود الرهن الرسمى . ونقتصر على هذه الفئات الثلاث المتقدمة ، فهم جميعاً كما رأينا يضارون بوجود حق الرهن الرسمى إذا كان لصاحب هذا الحق أن يتقدم عليهم فى استيفاء حقه من العقار المرهون[1] .

١٨٨ — يجب قيد الرهن الرسمى أولا حتى يستطيع الدائن المرتهن استعمال حق التقدم وحق التتبع بالنسبة إلى الغير — نص قانونى : ولما كان الغير لا يعلم ، أو يجوز أنه لا يعلم ، بوجود حق رهن رسمى على العقار المرهون قبل أن يتعامل فيه ، فقد حصر القانون طريقة إعلام الغير بوجود حق رهن رسمى على العقار بقيد هذا الرهن الرسمى . فيصبح الرهن الرسمى المقيد معلوماً لدى الجميع ، أو يمكن للجميع العلم به إذا هم قصدوا مكتب الشهر وبحثوا عما يثقل العقار من حقوق عينية تكون نافذة فى حقهم .

وقد نصت المادة ١٠٥٣ مدنى فى هذا الصدد على ما يأتى :

« ١ — لا يكون الرهن نافذاً فى حق الغير إلا إذا قيد العقد أو الحكم المثبت للرهن قبل أن يكسب هذا الغير حقاً عينياً على العقار ، وذلك دون إخلال بالأحكام المقررة فى الإفلاس » .

« ٢ — ولا يصح التمسك قبل الغير بتحويل حق مضمون بقيد ، ولا التمسك بالحق الناشىء من حلول شخص محل الدائن فى هذا الحق بحكم القانون أو الاتفاق ، ولا التمسك كذلك بالتنازل عن مرتبة الغير لمصلحة دائن آخر ، إلا إذا حصل التأشير بذلك فى هامش القيد الأصلى »[2] .

---

(١) بيدان وفواران ١٤ فقرة ٨٦٢ — پلانيول وريپير وبيكيه ١٢ فقرة ٧٥٨ — عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٢٤٤ — سليمان مرقس فقرة ٩٠ — شمس الدين الوكيل فقرة ٩٣ — عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٩٤ — منصور مصطفى منصور فقرة ٤٠ — سمير تناغو ص ١٢٦ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٤٦٢ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « لا يكون الرهن نافذا فى حق الغير إلا إذا قيد العقد بقلم كتاب المحكمة أو المحاكم الابتدائية التى يقع فى دائرتها العقار المرهون ، وتم هذا القيد قبل أن يكسب الغير حقا عينيا —

= على العقار ، وذلك دون إخلال بالأحكام المقررة فى الإفلاس » . وفى لجنة المراجعة حذفت العبارة الخاصة بجهة حصول القيد مراعاة للتنسق مع الأحكام الخاصة بالتسجيل من حيث بيان جهة حصوله ، وأضيفت فقرة ثانية للنص تجرى على الوجه الآتى : « ولا يصح التمسك قبل الغير بتحويل حق مضمون بقيد ، ولا التمسك بالحق الناشىء من حلول شخص محل الدائن فى هذا الحق بحكم القانون أو بالاتفاق ، ولا التمسك كذلك بالتنازل عن مرتبة القيد ، إلا إذا حصل التأشير بذلك فى هامش القيد الأصلى . كل ذلك مع عدم الإخلال بحكم المادة ١١٢١ » ، وأصبح رقم المادة ١١٤٨ فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على النص ، بعد حذف عبارة « كل ذلك مع عدم الإخلال بحكم المادة ١١٢١ » من آخر الفقرة الثانية . وفى مجلس الشيوخ أضيفت عبارة « لمصلحة دائن آخر » بعد عبارة « مرتبة القيد » ، وأن تصدر الفقرة المذكورة بكلمتى « ولا » بدلا من « لا » ، وأصبح رقم المادة ١٠٥٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٦٤ – ص ٦٦) .

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « شهر الرهن يكون بقيده ، ويتم القيد فى المحكمة الابتدائية التى يقع فى دائرتها العقار المرهون ، أما العقد الرسمى فيتم أمام أية محكمة ولو لم تكن محكمة العقار . وحتى يتم القيد يجب أن يقدم الدائن أو من ينوب عنه نسخة رسمية من عقد الرهن ، ويرفق بها قائمة (bordereau) تشتمل على البيانات المذكورة فى المادة ١٤٦٣ من المشروع . . . . من هذه البيانات ما هو جوهرى كاسم الراهن ولقبه وموطنه وكتعيين العقار المرهون تعيينا دقيقا ، فإذا أغفل بيان من هذه البيانات الجوهرية كان القيد باطلا ، ويطلب البطلان من وقع عليه الضرر ، ويبقى الرهن على كل حال ، ولكن يجب إجراء قيد جديد يأخذ مرتبته من وقت إجراء . ومن البيانات ما ليس بجوهرى فلا يترتب على إغفاله البطلان ، ولكن ينتقص من أثر القيد بالقدر الذى يمنع الضرر . مثل ذلك أن يذكر فى القيد مبلغ أقل من الدين المضمون ، فيقتصر أثر القيد على هذا المبلغ . أما إذا ذكر فى القيد مبلغ أكبر ، فلا ينفذ أثر القيد إلا بقدر الدين . ومثل ذلك أيضاً أن يغفل ذكر الموطن المختار للدائن ، فيترتب على ذلك أن إعلان الأوراق فى قلم كتاب المحكمة يكون صحيحاً . ومثل ذلك أخيراً أن يغفل ذكر مصدر الحق المضمون ، فلا يترتب على ذلك ضرر ما ، ولا يبطل القيد ولا ينتقص من أثره . وفى لجنة المراجعة أو بحث المادتان ١٤٦٣ و ١٤٦٤ من المشروع » ووافق مجلس النواب على المادة . واستعاضت لجنة الشيوخ عن حكم هذه المادة ومواد أخرى بنص عام يحيل » فى إجراءات القيد وتجديده ومحوه وإلغاء المحو والآثار المترتبة على ذلك كله » إلى الأحكام الواردة فى قانون الشهر العقارى ، لأن هذا القانون يتضمن كل التفاصيل (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٧٠ – ص ٧٨) .

التقنين المدنى السابق م ٥٦٥ / ٦٨٩ : لا يصح التمسك بحق الرهن العقارى ، إن لم يسجل فى قلم كتاب المحكمة التابع إليها مركز العقار قبل التصرف فيه للغير من قبل مالكه الراهن له ، وهذا مع عدم الإخلال بالقواعد المقررة فى مواد التفليس .

ويفهم من هذا النص أن الرهن لا يكون نافذاً فى حق الغير ، إلا إذا قيد عقد الرهن الرسمى ، أو قيد الحكم المثبت للرهن الرسمى إذا صدر حكم بإثبات الرهن ، قبل أن يكسب هذا الغير حقاً عينياً على العقار ، وذلك دون إخلال بالأحكام المقررة فى الإفلاس وسيأتى ذكرها عند الكلام فى القيد . ويراد بكسب الغير حقاً عينياً على العقار أن يكون هذا الحق شهر ، بأن قيد هو الآخر أو سجل قبل قيد حق الرهن الرسمى .

فاذا تنازع الدائن المرتهن رهناً رسمياً مع الغير ، نظر هل هذا الغير قد قيد حقه العينى التبعى ، أو سجل حقه العينى الأصلى ، فإذا كان القيد أو التسجيل قد تم قبل أن يقيد الدائن المرتهن رهناً رسمياً حقه ، فقد فات هذا الحق على الدائن المرتهن ، إذ يتقدم عليه الغير الذى قيد حقه أو سجله قبل قيد الرهن الرسمى . أما إذا كان قيد الرهن الرسمى قبل قيد الحق العينى التبعى ، أو قبل تسجيل الحق العينى الأصلى ، أو وقع قيد الرهن الرسمى مطلقاً وذلك بالنسبة إلى الدائنين العاديين ، فعند ذلك يتقدم الدائن المرتهن رهناً رسمياً على صاحب الحق العينى التبعى وعلى الدائن العادى ، وكذلك يتتبع العقار المرهون فى يد من انتقلت إليه ملكيته .

وكل ذلك إذا أراد الدائن المرتهن رهناً رسمياً أن يتمسك بحق رهنه الثابت بالعقد أو الحكم . أما إذا تمسك بتحويل هذا الحق للغير ، فيجب أن يؤشر بهذا التحويل (أو هذه الحوالة) فى هامش القيد الأصلى لرهنه . وكذلك يجب التأشير فى هامش القيد الأصلى للرهن بحلول شخص آخر محل الدائن المرتهن رهناً رسمياً حلولا قانونياً أو حلولا اتفاقيا ، وكذلك بالتنازل عن مرتبة القيد الأصلى لمصلحة دائن آخر متأخر فى المرتبة أو دائن عادى (انظر م ١٩ من قانون تنظيم الشهر العقارى)[١].

---

(١) م ١٩ من قانون تنظيم الشهر العقارى : لا يصح التمسك قبل الغير بتحويل حق مضمون بقيد أو برهنه ، ولا التمسك بالحق الناشىء من حلول شخص محل الدائن فى هذا الحق بحكم القانون أو بالاتفاق ، ولا التمسك كذلك بمحو القيد أو بالتنازل عن مرتبة القيد ، إلا إذا حصل التأشير بذلك فى هامش القيد الأصلى .

ويخلص من كل ذلك أن الدائن المرتهن رهناً رسمياً ، إذا كان قد قيد حق رهنه أولا ، يستطيع أن يستعمل حق التقدم بالنسبة إلى دائن ذى حق عيني تبعى (دائن آخر مرتهن رهناً رسمياً ، أو دائن ذى حق اختصاص ، أو دائن ذى رهن حيازى) أو بالنسبة إلى دائن عادى . وله كذلك أن يستعمل حق التتبع ، إذا كان قد قيد حق رهنه أولا ، بالنسبة إلى شخص انتقلت إليه ملكية العقار المرهون .

فهناك إذن أمران :

(١) قيد الرهن الرسمى أولا .

(٢) استعمال الدائن المرتهن ، بناء على الأسبقية فى القيد ، حق التقدم وحق التتبع .

ونعالج فى مبحثين متتاليين :

(١) قيد الرهن الرسمى .

(٢) استعمال حق التقدم وحق التتبع .

المبحث الأول

قيد الرهن الرسمى

١٨٩ — *نص قانونى* : تنص المادة ١٠٥٤ مدنى على ما يأتى :

« تتبع فى إجراء القيد وتجديده ومحوه وإلغاء المحو والآثار المترتبة على ذلك كله ، الأحكام الواردة بقانون تنظيم الشهر العقارى »[1] .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادتين ١٤٦٣ و ١٤٦٤ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : م ١٤٦٣ « يجب لإجراء القيد أن يقدم الدائن المرتهن ، أو أى شخص آخر ينوب عنه ، نسخة رسمية من عقد الرهن ، وأن يرفق بها قائمة تشتمل البيانات الآتية : (أ) اسم الدائن ولقبه وحرفته وموطنه الأصلى ، وموطنه المختار فى دائرة المحكمة ، على أن —

ويفهم من هذا النص أن جميع أحكام قيد الرهن الرسمى ، من إجراءات وتجديد ومحو وإلغاء المحو وغير ذلك ، تؤخذ من قانون تنظيم الشهر العقارى لسنة ١٩٤٦ . وكان هذا القانون قد صدر قبل صدور التقنين المدنى الجديد ، فحذف من التقنين المدنى الجديد جميع النصوص الخاصة بأحكام قيد الرهن الرسمى ، واكتفى بالإحالة إلى قانون تنظيم الشهر العقارى .

ونلاحظ بادئ ذى بدء أن قيد الرهن الرسمى ليس إلا طريقة لإعلام

= يكون للدائن حق تغيير هذا الموطن المختار فيما بعد ، فإن لم يختر له موطنا صح إعلان الأوراق ، إن وجدت ، فى قلم كتاب المحكمة . (ب) اسم المدين ولقبه وحرفته وموطنه . (جـ) تاريخ عقد الرهن وقلم الكتاب الذى تم أمامه هذا العقد . (د) مصدر الحق المضمون بالرهن ، ومقدار هذا الحق كاملا ، وميعاد استحقاقه . (هـ) بيان يتضمن تعيين العقار المرهون تعيينا دقيقا » . م ١٤٦٤ « لا يترتب على إغفال بيان أو أكثر من البيانات المنصوص عليها فى المادة السابقة بطلان القيد ، إلا إذا نتج عن ذلك ضرر الغير ، ولا يجوز أن يطلب البطلان إلا من وقع عليه الضرر بسبب إغفال البيانات أو بسبب عدم ضبطها . على أنه يجوز القاضى أن يبطل القيد أو أن ينقص من أثره تبعا لطبيعة الضرر ومداه » . وفى لجنة المراجعة أدمجت المادتان فى مادة واحدة ، وأصبح رقم المادة ١١٤٩ فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على المادة . واستعاضت لجنة مجلس الشيوخ عن حكم هذه المادة ومواد محذوفة أخرى بنص عام ، يحيل فى إجراءات القيد وتجديده ومحوه وإلغاء المحو والآثار المترتبة على ذلك كله إلى الأحكام الواردة فى قانون تنظيم الشهر العقارى رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ ، لأن هذا القانون تضمن كل التفصيلات الواردة فى المواد المتقدم ذكرها ، وأصبح رقم المادة ١٩٠٤ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٦٦ – ص ٧٨) .

التقنين المدنى السابق م ٥٦٦ / ٦٩٠ : يسجل الرهن بناء على قائمة تقدم فى نسختين وتشتمل على : (أولا) على اسم الدائن ولقبه وصنعته ومحل سكناه وبيان المحل الذى اختاره فى دائرة المحكمة . (ثانياً) على اسم المدين أو المالك الذى رهن إذا كان غير المدين ، وعلى لقبه وصناعته ومسكنه . (ثالثا) على تاريخ عقد الرهن ونوعه وبيان قلم كتاب المحكمة الذى وقع فيه هذا العقد . (رابعا) على مقدار مبلغ الدين وبيان أصله . (خامسا) على بيان العقار المرهون بياناً كافيا . وإن لم يعين محل فى العقد ، فتعلن الأوراق عند الاقتضاء بتسليمها لقلم كتاب المحكمة ، ويعتبر إعلانها على هذا الوجه صحيحاً .

الغير بأن هناك رهناً رسمياً يثقل العقار المراد التعامل فيه ، فيحترس الغير عند التعامل ويحسب حساب هذا الرهن[١] .

وننتقل إلى نظام قيد الرهن الرسمى كما هو وارد فى قانون تنظيم الشهر العقارى ، فإن هذا القانون هو الذى يحكم الآن نظام قيد الرهن الرسمى كما نصت المادة ١٠٥٤ مدنى فيما أسلفنا .

وقبل ذلك نذكر ما نصت عليه المادة ١٠٥٥ مدنى ، فقد نصت هذه المادة على ما يأتى : « مصروفات القيد وتجديده ومحوه على الراهن ، ما لم يتفق على غير ذلك »[٢] . فالأصل إذن أن يتحمل الراهن ، سواء كان هو المدين نفسه أو غيره ، جميع مصروفات القيد ، من إجراء وتجديد ومحو . ومع ذلك يجوز أن يتفق الراهن مع الدائن المرتهن على أن تكون هذه المصروفات ، أو بعض منها ، على غير الراهن . فيجوز مثلا الاتفاق على أن تكون هذه المصروفات على الدائن المرتهن نفسه ، أو على المدين إذا لم يكن هو الراهن . ويجوز الاتفاق على أن تكون مصروفات محو القيد على الدائن المرتهن ، أو على المدين غير الراهن . ويلاحظ أنه إذا جعلت المصروفات أو بعضها على المدين غير الراهن ، وجب الحصول على رضاء المدين بذلك . وجعل المصروفات فى الأصل على الراهن معقول ، لأن الدائن المرتهن لا يتحمل عادة شيئاً من المصروفات ، ولأن الراهن يكون فى أغلب الأحوال هو المدين[٣] .

---

(١) انظر فى هذه المناسبة نظرية الأستاذ شفيق شحاتة (النظرية العامة للتأمين العينى ١ ص ٤١ – ص ٤٣) ، وردى عليها فى (الوسيط ٢ ص ٧٧٢ هامش ٢) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٤٧٦ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . وأقرته لجنة المراجعة ، تحت رقم ١١٥٥ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١٤١ ؛ ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٥٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٧٩ – ص ٨٠) .

التقنين المدنى السابق : لا مقابل .

(٣) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « مصروفات القيد وتجديده —

يبقى بعد ذلك أن نستعرض المسائل الأساسية فى قيد الرهن الرسمى ، كما وردت فى قانون تنظيم الشهر العقارى ، وهى مسائل ثلاث : (١) إجراء القيد . (٢) تجديد القيد . (٣) محو القيد وإلغاء المحو .

§ ١ – إجراء القيد

(Insription)

١٩٠ – **وجوب قيد الرهن حتى يكون حجة على الغير** : تنص المادة ١٢ من قانون تنظيم الشهر العقارى على أن « جميع التصرفات المنشئة لحق من الحقوق العينية العقارية التبعية أو المقررة لها ، وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشىء من ذلك ، يجب شهرها بطريق القيد ، ويترتب على عدم القيد أن هذه الحقوق لا تكون حجة على الغير » .

ويؤخذ من هذا النص أن الحقوق العينية العقارية التبعية – وتشمل حق الرهن الرسمى وحق الاختصاص وحق الرهن الحيازى العقارى وحق الامتياز العقارى الخاص – يجب شهرها فى مكاتب الشهر العقارى . فإذا لم تقيد ، لا يبطل الرهن ، وإنما لا يكون حجة على الغير . فإذا لم يقيد الدائن المرتهن رهناً رسمياً حق رهنه ، لم يكن هذا الرهن حجة على الغير ، لا من حيث التقدم بالنسبة إلى الدائنين ذوى الحقوق العينية العقارية التبعية على العقار المرهون وبالنسبة إلى الدائنين العاديين ، ولا من حيث التتبع بالنسبة إلى من انتقلت إليه ملكية العقار المرهون .

= ومحوه تكون على الراهن . مالم يتفق على غير ذلك . وقد تقدم أن مصروفات عقد الرهن نفسه تكون على الراهن أيضاً . وهذا تطبيق للقاعدة العامة التى تقضى بأن المدين هو الذى يتحمل مصروفات الدين » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٧٩) .

ويلاحظ أن مصروفات العقد والقيد والتجديد مضمونة بالرهن وفى مرتبته ، دون حاجة لذكر ذلك . وقد نصت المادة ١٠٥٨ / ١ مدنى على أنه « يترتب على قيد الرهن إدخال مصروفات العقد والقيد والتجديد إدخالا ضمنيا فى التوزيع وفى مرتبة الرهن نفسها (انظر ما يلى فقرة ٢٠٩) .

فإذا فرض مثلا أن دائناً مرتهناً رهناً رسمياً لم يقيد رهنه ، أو قيده بعد أن شهر المتزاحمون معه حقوقهم ، لم يتقدم هذا الدائن المرتهن على أى من هؤلاء ، وكذلك لم يستطع استعمال حق التتبع[1] .

أما إذا قيد الدائن المرتهن رهناً رسمياً حقه قبل أن يشهر المتزاحمون معه حقوقهم ، فإنه يكون له حق التقدم على الدائن ذى الحق العينى العقارى التبعى ، وعلى الدائنين العاديين وهؤلاء لا يشهرون حقوقهم[2] ، ويكون له حق التتبع بالنسبة إلى من انتقلت إليه ملكية العقار المرهون[3] .

ويترتب على ضرورة القيد فى نفاذ الرهن على الغير لا فى صحة الرهن ، أنه إذا وقع القيد باطلا لم يؤثر ذلك فى صحة الرهن . ويجوز إجراء قيد جديد بموجب الرهن ذاته الذى يظل صحيحاً ، ولكن لا يحتج بهذا القيد على الغير إلا من تاريخ إجراء القيد الجديد[4] . ويترتب على عدم ضرورة القيد فيما

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن هدف المشرع بالأحكام الواردة فى المادتين ١٢ و ٥٨ من القانون رقم ١١١٤ لسنة ١٩٤٦ ، والمادتين ١١١٤ و ١٠٥٤ من التقنين المدنى الجديد ، تنظيم شهر التصرفات العقارية ، حماية للائتمان العقارى . فتعتبر هذه الأحكام لذلك متعلقة بالنظام العام ، ومن ثم تكون القواعد التى قررتها قواعد آمرة واجبة التطبيق حتما ، ولا تسوغ مخالفتها بمقولة « إن من تبرعت لمصلحته قد تنازل عن التمسك » . فإذا كان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه على أنه ، وإن كان الطاعن من فريق الغير ، إلا أنه ليس له أن يستفيد من عدم قيد الرهن وفقا للقانون ، لتنازله عن حقه فى ذلك وقبوله سريان الرهن بالنسبة إليه ، فإن الحكم يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون (نقض ٩ يونيه سنة ١٩٦٠ مجموعة أحكام النقض ١١ ص ٤٢٥) .

(٢) وإنما قد يحدث ما يقف الدائن المرتهن عن إجراء قيده ، كبيع العقار المرهون أو إفلاس الراهن ، وسيأتى بيان ذلك تفصيلا فيما يلى . فإذا حدث شىء من ذلك ، لم يستطع الدائن المرتهن قيد رهنه ، فيتساوى مع الدائن العادى ولا يتقدم عليه .

(٣) وإذا قيد الدائن الرهن ، جاز له أن يحتج به على المشترى الذى سجل عقده بعد القيد ، ولو كان هذا العقد ثابت التاريخ قبل القيد (استئناف مختلط ٨ يونيه ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣٧٢) .

(٤) استئناف وطنى ٢١ أبريل سنة ١٨٩٦ الحقوق ١١ رقم ٤١ ص ٢٠٠ .

بين الراهن والدائن المرتهن ، أن الراهن لا يجوز له أن يتمسك ببطلان القيد ، أو بسقوطه لعدم التجديد[1] .

١٩١ — اختلاف القيد عن التسجيل : وقد رأينا أن التسجيل (transcription) يكون بنقل صورة كاملة من المحرر فى سجل معد لذلك ، أو هو حفظ المحرر نفسه كما هو والاكتفاء بإعطاء صور فوتوغرافية لأصحاب التأمين . أما القيد (inscription) فهو نقل بعض بيانات مستخرجة من المحرر الذى يتضمن عقد الرهن ، وتدوينها فى سجل خاص[2] . ولا تؤخذ بيانات القيد من المحرر مباشرة ، وإنما يقدمها طالب القيد فى قائمة خاصة (bordereau) ، وسنعود إلى ذلك تفصيلا فيما يلى . ويكفى الآن أن نذكر أن القيد يتم ، طبقاً لقانون تنظيم الشهر العقارى ، بذكر القائمة (bordereau) المحتوية على البيانات فى سجل خاص حسب تاريخ تقديمها ، ثم حفظها مع القوائم الأخرى فى سجل بعد التأشير عليها بتاريخ قيدها ورقمه فى هذا السجل الخاص ، وإعطاء مقدمها صورة فوتوغرافية منها .

وقد أوجبت اللائحة التنفيذية من قانون الشهر العقارى على الدائن المرتهن تحرير قائمة القيد من نسخة أصلية بالمداد الأسود على ورق خاص مدموغ يطلب من مكتب الشهر العقارى ومأمورياته (م ١٩ اللائحة التنفيذية) ، ويضمنها البيانات المطلوبة ، ويوقع هذه القائمة ويقدمها مع صورة عقد الرهن التنفيذية إلى مكتب الشهر الواقع فى دائرته العقار المرهون . فيتحقق المكتب من مطابقة بيانات القائمة لما ورد فى عقد الرهن ، ثم يدرجها فى دفتر معد لإثبات البيانات المعينة للمحررات أو القوائم المقدمة للشهر بأرقام متتابعة بحسب أسبقية تقديمها مع ذكر تاريخ اليوم والساعة (م ١٦ من اللائحة التنفيذية) . ثم يضع على القائمة الرقم والتاريخ اللذين قيدت بهما فى هذا

---

(١) بيدان وفواران فقرة ٨٦١ — سليمان مرقس فقرة ٩٠ ص ١٥١ .

(٢) استئناف مصر ١٨ أكتوبر سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ رقم ١١٨ ص ٣٠٨ .

الدفتر ، ويصدرها ويستخرج منها صورتين فوتوغرافيتين ، يسلم إحداهما مع صورة العقد التنفيذية لطالب القيد بعد التأشير عليها بمطابقتها للأصل ، ويرسل الأخرى إلى دار المحفوظات بالمكتب الرئيسى (م ١٩ من اللائحة التنفيذية) . ويحفظ القائمة الأصلية فى ضمن مجلدات تتكون من مجموع المحررات والقوائم التى تم شهرها ، بحسب أرقامها المتتابعة (م ٢١ من اللائحة التنفيذية) .

١٩٢ — أين يجرى القيد : منذ صدور قانون تنظيم الشهر العقارى ، يجب إجراء القيد فى مكتب الشهر العقارى الذى يقع العقار المرهون فى دائرة اختصاصه . وإذا كان العقار أو العقارات واقعة فى دوائر اختصاص مكاتب متعددة ، وجب إجراء الشهر فى كل مكتب منها . ولا يكون للشهر الذى يتم فى أحد هذه المكاتب أثره إلا بالنسبة إلى العقار أو جزء العقار الذى يقع فى دائرة اختصاصه (م ٥ قانون الشهر العقارى) .

فإذا أجرى القيد فى مكتب واحد بالنسبة إلى عقار يقع فى دوائر اختصاص مكاتب متعددة ، لم يسر هذا القيد إلا بالنسبة إلى جزء العقار الواقع فى اختصاص هذا المكتب . وإذا كانت العقارات متعددة وواقعة فى دوائر اختصاص مكاتب متعددة ، ولم يجر الشهر إلا فى مكتب واحد منها ، لم يسر هذا القيد إلا بالنسبة إلى العقار أو جزء العقار الواقع فى دائرة اختصاص المكتب الذى أجرى فيه القيد .

١٩٣ — طالب القيد : تنص المادة ٢٠ من قانون تنظيم الشهر العقارى على أن « تتم إجراءات الشهر فى جميع الأحوال بناء على طلب ذوى الشأن أو من يقوم مقامهم » .

وذو الشأن فى طلب قيد الرهن الرسمى هو الدائن المرتهن . فيجوز لهذا أن يطلب القيد ، سواء كان كامل الأهلية أو ناقص الأهلية . ولا يشترط

فيه إلا التمييز ، لأن القيد من الأعمال النافعة له نفعاً محضاً[١] .

فإذا كان الدائن المرتهن قاصراً أو محجوزاً عليه ، جاز كذلك أن يباشر القيد الولى أو الوصى أو القيم ، بحسب الأحوال .

وإذا كان الدائن المرتهن رشيداً غير محجور عليه ، جاز أن ينوب عنه فى طلب القيد وكيله الخاص أو العام[٢] .

ويجوز ، فوق ذلك ، لفضولى أن يطلب القيد لحساب الدائن المرتهن ، متى توافرت فيه شروط الفضالة . فإذا أقر الدائن المرتهن هذا القيد نفذ ، وإلا جاز له وللراهن طلب محوه[٣] .

ويجوز لدائنى الدائن المرتهن أن يطلبوا القيد باسم هذا الدائن ونيابة عنه[٤] . ويلاحظ أن دائنى الدائن المرتهن يطلبون فى هذه الحالة استعمال حق مدينهم الدائن المرتهن ، فيجب توافر شروط الدعوى غير المباشرة .

وإذا حول الدين المضمون بالرهن ، جاز للمحال له طلب القيد باسمه . ولا يشترط فى ذلك أن تكون الحوالة بعقد رسمى ، فيجوز أن تكون بورقة عرفيه[٥] .

ويجوز لورثة الدائن المرتهن أن يطلبوا إجراء القيد ، باسمهم أو باسم المتوفى[٦] .

---

(١) بلانيول وريبير وبيكيه فقرة ٧١٩ – محمد كامل مرسى فقرة ٨٩ – سليمان مرقس فقرة ٩٤ .

(٢) بلانيول وريبير وبيكيه فقرة ٧٢١ – محمد كامل مرسى فقرة ٨٩ .

(٣) بلانيول وريبير وبيكيه فقرة ٧٢٢ – سليمان مرقس فقرة ٩٤ .

(٤) بلانيول وريبير وبيكيه فقرة ٧١٠ – محمد كامل مرسى فقرة ٨٩ – سليمان مرقس فقرة ٩٤ .

(٥) استئناف مختلط ٣٠ مايو سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٣٤١ – ٢٧ مارس سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ١٨٤ – ١٧ يونيه سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٣٥٨ – ٤ ديسمبر سنة ١٩٤١ م ٥٤ ص ٢١ – سليمان مرقس فقرة ٩٤ .

(٦) محمد كامل مرسى فقرة ٨٩ – سليمان مرقس فقرة ٩٤ و

ولكن لا يجوز لمكتب الشهر العقارى إجراء القيد من تلقاء نفسه (م ٢٠ من قانون الشهر العقارى)[١] .

١٩٤ — ضد من يكون القيد : يكون القيد ضد مالك العقار المرهون وقت الرهن ، سواء كان هذا المالك هو المدين نفسه أو كان كفيلا عينياً . فلو أن مالك العقار المرهون قد تغير فى الفترة ما بين الرهن وقيده ، فالعبرة بوقت الرهن لا بوقت قيده ، ويقيد الرهن ضد مالك العقار وقت الرهن .

وقد يموت الراهن بعد الرهن وقبل القيد ، فيكون فى هذه الحالة للدائن المرتهن الخيار بين طلب القيد ضد ورثته أو طلب القيد ضد الراهن الميت . وقد أجيز إجراء القيد ضد الراهن الميت بالرغم من موته تيسيراً على الدائن المرتهن ، فقد يجهل هذا جميع ورثة الراهن الميت ، فأجيز له الاكتفاء بعيد الرهن ضد الراهن الميت (م ٢١٤٩ مدنى فرنسى)[٢] .

وقد اشترط المشرع المصرى أن تشمل المحررات المقدمة للشهر ، فوق البيانات الخاصة بموضوعها ، جميع البيانات اللازمة أو المفيدة فى الدلالة على شخص كل طرف ، وعلى الأخص اسمه ولقبه وسنه وجنسيته ومحل إقامته واسم أبيه وجده لأبيه (م ٢٢ من قانون الشهر العقارى) .

وأوجبت اللائحة التنفيذية لقانون الشهر العقارى أن تعد بمكاتب الشهر دفاتر هجائية للفهارس ، وأن يخصص فهرس لكل ناحية أو مدينة تدرج فيه أسماء جميع الأطراف فى المحررات أو جميع ذوى الشأن فيها (م ٢٥ لائحة تنفيذية) ، وأن تعد سنوياً بكل مكتب من مكاتب الشهر دفاتر هجائية للفهارس تمسك عن كل محافظة ، وترسل فى نهاية كل عام إلى مكتب الشهر الرئيسى لتحفظ بدار المحفوظات فيه (م ٢٦ لائحة تنفيذية) . ويستدل بهذه الفهارس على التسجيلات والقيود التى قد تكون أجريت ضد شخص

---

(١) بلانيول وريبير وبيكيه فقرة ٧٢٣ — سليمان مرقس فقرة ٩٤ .

(٢) محمد كامل مرسى فقرة ٨٨ — سليمان مرقس فقرة ٩٥ .

معين فى وقت معين . فمن أراد أن يتعامل مع شخص معين بأن يرتهن منه عقاراً مثلا ، كانت له مصلحة فى الاطلاع على ما قد يكون صدر من مالك العقار المرهون من تسجيلات وقيود واردة بالفهارس . فيطلب بياناتها إن وجدت ، أو بياناً بعدم وجود شيء من ذلك (م ٢٨ لائحة تنفيذية)[١] .

١٩٥ — تقديم طلب القيد والتأشير على المحرر بصلاحيته للشهر : ويقدم طلب القيد للمأمورية التى يقع العقار فى دائرة اختصاصها (م ٢١ — ٢٣) .

ويؤدى رسم قدره خمسون قرشاً عند تقديم الطلب ، ويعتبر الطلب كأن لم يكن إذا لم يتم شهر المحرر خلال سنة من تاريخ قيد الطلب ، وتمتد هذه المدة سنة ثانية إذا قدم الطالب قبل انتهاء السنة الأولى بأسبوعين طلباً بالامتداد وأدى عنه الرسم المطلوب (قانون رقم ٦٩ لسنة ١٩٥٠) .

وتدون الطلبات ، على حسب تواريخ وساعات تقديمها ، بدفتر يعد لذلك بالمأمورية (م ٢٥ قانون الشهر العقارى)

وتعيد المأمورية للطالب نسخة من الطلب مؤشراً عليها برأيها فى قبول إجراء الشهر أو ببيان ما يجب أن يستوفى فيه . فإذا لم يتقدم الطالب لتسلم هذه النسخة فى خلال ثلاثة أيام من تاريخ التأشير عليها ، أرسلت إليه فى محل إقامته المبين فى الطلب بكتاب موصى عليه مصحوب بإخطار وصول (م ٢٦ شهر) . وللمأمورية ، من تلقاء نفسها أو بناء على طلب صاحب الشأن أن تستوفى البيانات فيما يتعلق بوصف العقار وأصل الملكية أو الحق العينى مما يكون قد قدم إليها من طلبات أو مستندات متى كان لديها صولها أو صورها ، وفى هذه الحالة يجب تصوير كل مستند يستعان به على نفقة صاحب الشأن (م ٢٧ شهر) .

---

(١) انظر ذلك النظام ، وفى أنه قد لا يؤدى إلى الغرض لأن نظام الشهر عندنا نظام شخصى : سليمان مرقس فقرة ٩٥ .

ومتى أشر على الطلب بقبول إجراء الشهر ، قدم صاحب الشأن مشروع المحرر المراد شهره للمأمورية المختصة ومعه الصورة المؤشر عليها من هذا الطلب ، ويعد بالمأمورية دفتر تدون فيه مشروعات المحررات على حسب تواريخ وساعات تقديمها . وتؤشر المأمورية على مشروع المحرر بصلاحيته للشهر بعد التثبت من مطابقة البيانات الواردة فيه لبيانات الطلب الخاص به ، فإذا لم يتقدم صاحب الشأن لتسلم مشروع المحرر فى خلال ثلاثة أيام من تاريخ التأشير عليه ، أرسل إليه فى محل إقامته المبين فى الطلب بكتاب موصى عليه مصحوب بإخطار وصول (م ٢٨ شهر) . وتقدم لمكتب الشهر المختص المحررات التى تم التأشير على مشروعاتها بصلاحيتها للشهر (م ٢٩ شهر) .

ويتبين من كل ما تقدم أن إجراء القيد يتضمن مرحلتين :

(أ) المرحلة التمهيدية لقبول إجراء الشهر : يتقدم الدائن المرتهن أو من ينوب عنه بطلب إجراء القيد إلى المأمورية التى يقع العقار المرهون فى دائرة اختصاصها . ويجب أن يتضمن الطلب بيانات معينة ، أخصها ما يتصل بطرفى عقد الرهن ، وبتعيين العقار المرهون من حيث موقعه ومساحته وحدوده ، وبصفة خاصة ما يتعلق بعقد الرهن ومقدار الدين الذى يضمنه . ويدون الطلب السالف الذكر حسب تاريخ التقديم وساعته فى دفتر معد لذلك فى كل مأمورية ، ويسمى دفتر أسبقية طلبات الشهر . وتتولى المأمورية فحص الطلب من الناحية القانونية ، ثم ترسله إلى الجهة المختصة للتثبت من مساحة العقار وحدوده . وترسل نسخة من الطلب إلى من قدمه ، مؤشراً عليها بقبول إجراء القيد . وعند ذلك يجب على صاحب الشأن أو من ينوب عنه أن يرسل للمأمورية المختصة مشروع عقد الرهن الرسمى المراد قيده ، مرفقاً به النسخة المؤشر عليها بقبول طلب القيد .

(ب) المرحلة النهائية لقيد الرهن : وتبدأ هذه المرحلة بتقديم عقد الرهن الرسمى المراد قيده إلى مكتب الشهر المختص ، ويجب أن يرفق بعقد الرهن عند

تقديمه بقائمة قيد تشتمل على بيانات سيأتي ذكرها . ويعد بالمكتب دفتر تثبت فيه قوائم القيد بأرقام متتابعة ، وفقاً لتاريخ وساعات تقديمها . ومنذ ذلك الوقت يعتبر الرهن مقيداً ، فيسرى فى حق الغير .

وهذه الخطوات التى رسمت لإجراء قيد الرهن الرسمى هى نفس الخطوات التى تتبع فى قيد الحقوق العينية العقارية التبعية غير الرهن الرسمى : حق الاختصاص وحق الرهن الحيازى العقارى وحقوق الامتياز الخاصة العقارية .

١٩٦ — البيانات القانونية الواجب ذكرها فى قائمة القيد : تنص المادة ٣٠ من قانون الشهر العقارى على ما يأتى :

« إذا كان شهر المحرر بطريق القيد ، وجب أن يقرن عند تقديمه لمكتب الشهر المختص بقائمة تشتمل على البيانات الآتية » :

« (أولا) اسم الدائن ولقبه وصناعته ومحل إقامته ومحله المختار فى دائرة المحكمة فإن لم يختر له محلا صح إعلان الأوراق إليه فى قلم كتاب المحكمة » .

« (ثانياً) إسم المدين أو المالك الذى ترتب الحق على ملكه إذا كان غير المدين ، ولقبه وصناعته ومحل إقامته » .

« (ثالثاً) تاريخ السند والجهة التى تم أمامها أو صدر منها » .

« (رابعاً) مصدر الدين المضمون ومقداره كاملا وميعاد استحقاقه » .

« (خامساً) بيان يتضمن تعيين العقار الذى رتب عليه الحق تعييناً دقيقاً » .

« (سادساً) فى حالة رهن الحيازة العقارى ، بيان خاص بالتكليف وبالإيجار إلى الراهن إذا نص عليه فى عقد الرهن » .

ولما كان البيان السادس خاصاً بالرهن الحيازى العقارى ، فنقتصر على البيانات الخمسة الأولى ، ونقول كلمة موجزة فى كل منها : الدائن والمدين وسند الدين والدين المضمون والعقار المرهون .

١٩٧ — الدائن : لا تقتصر قائمة القيد على ذكر اسم الدائن المرتهن ولقبه وصناعته ومحل إقامته ، بل تذكر أيضاً المحل المختار الذى اختاره الدائن فى دائرة المحكمة التى يكون فيها العقار المرهون . حتى لو كان المحل الحقيقى لإقامة الدائن فى دائرة هـــذه المحكمة ، فقد يغير الدائن هذ المحل الحقيقى فلا يصيب التغيير هذا المحل المختار .

والغرض من أن يكون للدائن محل مختار فى دائرة المحكمة أن يتسنى إعلانه فى هذا المحل ، فيكون الإعلان صحيحاً . فمن أراد مثلا تطهير العقار يتسنى له إعلانه الدائن فى المحل المختار ، ويكون الإعلان صحيحاً حتى لو غير الدائن محل إقامته الحقيقى[١] .

ويجوز للدائن المرتهن أن يغير محله المختار بآخر فى دائرة العقار المرهون ، إذا أشر بهذا التغيير فى هامش القيد[٢] . ويجوز ذلك أيضاً لمن حول إليه الدين المضمون[٣] .

وإذا لم يختر الدائن المرتهن محلا مختاراً ، صح إعلان الأوراق إليه فى قلم كتاب محكمة العقار .

١٩٨ — المدين : يجب أن يذكر فى قائمة القيد اسم المدين ولقبه وصناعته ومحل إقامته . والمقصود بالمدين هنا مالك العقار المرهون ، سواء كان هو المدين كما هو الغالب أو كان غير المدين بأن كان كفيلا عينياً يملك العقار المرهون .

---

(١) استئناف مختلط ٢٧ مايو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٣٧٣ — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٣٧٢٦ .

(٢) محمد كامل مرسى فقرة ٩٤ .

(٣) وتشترط المادة ٢١٥٢ مدنى فرنسى فى هذه الحوالة أن تكون بعقد رسمى ، منعا للإضرار بالدائن الأصلى فيما لو قدم شخص حوالة عرفية مزورة وطلب بموجبها تغيير المحل المختار حتى لا تصل إلى الدائن الأصلى إعلانات الإجراءات المتعلقة بنزع ملكية العقار أو تطهيره (بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٣٧٢٦) .

ولما كان نظام الشهر عندنا نظاماً شخصياً لا عينياً ، فإن ذكر اسم المدين أو مالك العقار المرهون وكل البيانات التي تدل عليه هام جداً . فإذا كان اللقب والصناعة ومحل الإقامة لا تكفي للتعريف بالمدين أو مالك العقار المرهون ، فإنه يجب أيضاً ذكر سنه وجنسيته واسم أبيه وجده لأبيه (م ٢٢ شهر) .

والمهم أن يكون المدين أو مالك العقار المرهون معرفاً تعريفاً كافياً بحيث لا يقع لبس فيه ، فمعرفة مالك العقار هي وحدها التي تعين على الكشف عن الحالة القانونية للعقار في نظام شخصي للشهر .

١٩٩ — سند الدين : وتذكر القائمة تاريخ هذا السند ، وذكر التاريخ يفيد في التحقق من توافر أهلية التصرف للرهن وقت الرهن ، إذ أن سند الدين يكون في العادة سابقاً في التاريخ على الرهن ذاته[1] .

ويجب أن تذكر القائمة أيضاً الجهة التي تم أمامها أو صدر منها السند ، لأن ذلك يفيد في التحقق من اختصاص تلك الجهة بتحرير عقد الرهن . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه لا يشترط ذكر البيانات الكاملة عن طبيعة الدين ، بل يكفي أن يذكر أن الدين نشأ بموجب عقد رسمي يعين تاريخه وقلم العقود الرسمية الذي حرر فيه[2] .

٢٠٠ – الدين المضمون : وذكر القانون أن قائمة القيد تذكر عن الدين المضمون أموراً ثلاثة :

(١) مصدر الدين المضمون : فيتيسر التحقق من صحة هذا الدين وبقائه قائماً لم ينقض ، إذ يستطاع تعقب مصير الدين إذا ما انقضى ، فإنه يترتب

---

(١) بلانيول وريبير وبيكيه فقرة ٧٣٨ – بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٣٧٢٨ – جرانمولان فقرة ٣٧٧ – محمد كامل مرسي فقرة ٩٦ – سليمان مرقس فقرة ٩٦ .

(٢) استئناف مختلط ١٧ يونيه ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٣٥٨ .

على انقضائه زوال الرهن بصفة تبعية . واشتراط بيان مصدر الدين المضمون يفوت على المدين فرصة الإبقاء على مرتبة متقدمة لصالح أحد الدائنين ، إذ أنه يتيسر ذلك إذا لم يحدد مصدر الدين المضمون . فقد يكون الشخص مديناً لآخر بعدة ديون مختلفة المصادر ، أحدها مضمون برهن سدده المدين . فيستخدم الرهن ضماناً لدين من الديون الأخرى ، مع أن القانون المصرى قرر بنص صريح أن الرهن يتبع ديناً معيناً دون غيره فى صحته وانقضائه (م ١/١٠٤٢ مدنى) .

(٢) تعيين مقدار الدين كاملا : فعلى ضوء هذا التعيين يتحدد موقف من يريد أن يتعامل مع المدين فى العقار المرهون . فإن كان مشترياً ، فإنه يعنيه معرفة قدر الديون التى يضمنها العقار ، لأن القانون أجاز له أن يقضيها عن المدين ويحل محل الدائنين فيها . وإن كان دائناً مرتهناً آخر ، فإنه يعنيه معرفة صلاحية العقار لتقديم ضمان فعال لدينه ، من معرفة الدين المضمون بالرهن والذى يسبق دينه [1] .

(٣) ذكر ميعاد استحقاق الدين : حتى يتيسر على المطلع معرفة مصير الدين ، والتحقق من أن المدين قد قام بالوفاء به .

هذا ويلاحظ أنه يجب أن يذكر فى قائمة القيد ذكر الدين ولو كان احتمالياً أو مستقبلا ، وبيان مصدره ، وتعيين مقدار هذا الدين (الحد الأقصى) ، وميعاد الاستحقاق . وقد قضى بأن ميعاد الاستحقاق لا يشترط أن يكون تاريخاً معيناً ، بل يجوز أن يكون تاريخاً ممتداً كما فى عقد الإيجار ، حيث لا يعرف بالضبط أى قسط من الإيجار سيتأخر المستأجر عن الوفاء

---

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا كان الدين المضمون أجرة مستحقة بعقد إيجار قابل للتجديد . وكان القيد لم يذكر إلا أجرة سنتين معينتين بالذات هما مدة الإيجار الأصلية ، فلا يضمن القيد الأجرة عن المدة المجددة (استئناف مختلط ٨ مايو سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢٨٠) .

به ، فيكفي أن يذكر أن الرهن ضامن الأجرة طوال مدة الإيجار[1] .

٢٠١ — العقار المرهون : وقد جاء في المادة ٢٢ من قانون الشهر العقاري ما يجب أن يذكر في هذا الصدد ، إذ نصت هذه المادة على ما يأتي : « البيانات اللازمة والمفيدة في تعيين العقار . وعلى الأخص بيان موقعه ومساحته وحدوده . فإن كان من الأراضي الزراعية . وجب ذكر اسم الناحية والحوض ورقم القطعة . وإن كان من أراضي البناء أو من العقارات المبنية فيها . وجب ذكر اسم القسم والشارع والحارة والرقم إن وجد » .

ويلاحظ وجوب تطابق البيانات الواردة في عقد الرهن مع تلك التي جاءت في قائمة القيد . وقد استلزم قانون الشهر العقاري عند تقديم طلب الشهر في المرحلة النهائية ، أن يقدم عقد الرهن الرسمي مقروناً بقائمة القيد[2] .

ويلاحظ أن ما جاء خاصاً بالعقار المرهون والدين المضمون يعتبر لمبدأ تخصيص الرهن . على أن التخصيص الوارد في عقد الرهن لا يغني عن ذكر هذه البيانات في قائمة القيد . ففي عقد الرهن التخصيص شرط لازم لانعقاده ، أما في قائمة القيد فالبيانات واجبة لسريان الرهن على الغير[3]

---

(١) استئناف مختلط ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٢٤ م ٣٧ ص ٩٢ — وقد قضى أيضاً بأنه يكفي في القيد ذكر عقد الرهن وتاريخه ومكان تحريره ، ولو تضمن بيانات غير دقيقة عن نوع الدين ذاته (استئناف مختلط ١٧ يونيه سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٣٥٨ — ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٢٤ م ٣٧ ص ٩٢) .

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه يجب في جميع البيانات التي تذكر في قائمة القيد أن تكون مطابقة لما ورد في عقد الرهن ، وإلا فلا عبرة بها (استئناف مختلط ١٥ يناير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ١٥٤) .

(٣) عبد الفتاح عبد الباقي ص ٣٧٢ هامش ٣ — وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا كان عقد الرهن باطلا لعدم التخصيص ، فإن هذا البطلان لا يزول بالتخصيص الوارد في قائمة القيد : استئناف مختلط ١٨ مايو سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٤١٥ .

٢٠٢ — جزاء عدم الدقة فى ذكر مقدار الدين المضمون : وقد عنى المشرع فى قانون تنظيم الشهر العقارى ببيان جزاء تخلف بعض البيانات المتقدمة أو الخطأ فيها .

وعنى بنوع خاص بعدم الدقة فى ذكر مقدار الدين المضمون ، فخصص له نصاً هو المادة ٤٢ من قانون تنظيم الشهر العقارى .

وقد نصت المادة ٤٢ من هذا القانون على أنه (يقتصر أثر القيد على المبلغ المبين بالقائمة أو المبلغ المستحق أيهما أقل » .

فإذا كان مبلغ الدين المضمون بالرهن هو مبلغ ٤٥٠٠ ، فإن ذكر هذا المبلغ على حقيقته فى قائمة القيد ، تطابقت قائمة القيد مع الحقيقة ، ووجب الأخذ بمبلغ ٤٥٠٠ كما هو .

وإن ذكر فى قائمة القيد خطأ مبلغ أقل من ٤٥٠٠ ، فإن ذكر مثلا مبلغ ٤٠٠٠ ، كانت العبرة بما ذكر فى قائمة القيد ، واعتبر مقدار الدين بالنسبة إلى الغير هو ٤٠٠٠ فقط .

وإن ذكر فى قائمة القيد مبلغ أكثر من ٤٥٠٠ ، بأن ذكر مثلا مبلغ ٤٨٠٠ ، كانت العبرة هنا . لا بما ذكر فى قائمة القيد لأن المذكور فى هذه القائمة أكثر من المستحق ولا يجوز أن يلزم المدين بأكثر مما هو مستحق عليه ، بل تكون العبرة بمقدار الدين الحقيقى المستحق على المدين ، أى بمبلغ ٤٥٠٠ لا أكثر[1].

٢٠٣ — جزاء تخلف بعض البيانات الأخرى أو الخطأ فيها : نستعرض أولا الحالة فى فرنسا ، فقد كان لها تأثير كبير فى مصر .

---

(١) ويقال فى هذا الصدد : « والمشروع بتقرير الحكم المتقدم أراد حماية الغير من ناحية ، وذلك بالأخذ بقدر الدين الوارد فى قائمة القيد . ولكنه من ناحية أخرى ، حرص على عدم تحميل العقار بما يجاوز حقيقة الالتزام ، وعلى هذا النحو اعتد بهذه الحقيقة حتى ولو جاء ما يخالفها فى قائمة القيد (شمس الدين الوكيل فقرة ٦٢ ص ١٩٥) .

قبل أول مارس سنة ١٩١٨ لم يكن هناك تشريع ينظم هذه الحالة ، فكان القضاء الفرنسي يفرق بين البيانات الجوهرية (mentions substantielles) ، والبيانات الثانوية (menitons accessoires) ، فيجعل بطلان القيد جزاء الخطأ فى البيانات الجوهرية أو تخلفها ، ولا يرتب البطلان على التخلف أو الخطأ فى البيانات الثانوية . ثم صدر قانون أول مارس سنة ١٩١٨ ، فعدل عن التقسيم إلى بيانات جوهرية وبيانات ثانوية . وجعل إغفال أى بيان أو الخطأ فيه يترتب عليه بطلان القيد بشرط أن ينتج عن ذلك ضرر للغير ، ولا يطلب البطلان إلا من أصابه الضرر ، وللمحاكم أن تبطل القيد أو تنقص من أثره تبعاً لماهية الضرر وجسامته . ولا يزال هذا القانون معمولا به فى فرنسا إلى اليوم .

أما فى مصر ، فلم يكن هناك تشريع كذلك ينظم هذا الأمر ، وكان التقنين المدنى السابق خلواً من أى نص على ذلك ، وترك الأمر للقضاء . فسار القضاء المصرى على ما سار عليه القضاء الفرنسي قبل أول مارس سنة ١٩١٨ ، وميز فى البيانات بين ما هو جوهرى ، وما هو ثانوى : وتعتبر البيانات جوهرية إذا كان ذكرها يقتضيه مبدأ تخصيص الرهن ، وإغفالها يهدر هذا المبدأ . فإن تخلف بيان من هذه البيانات الجوهرية أو حصل خطأ فيه ، فان التخلف أو الخطأ يترتب عليه بطلان القيد . مثل ذلك أن تخلو قائمة القيد من ذكر اسم الراهن ، أو تعيين مقدار الدين المضمون أو تحديد العقار المرهون ، فإن هذه البيانات جوهرية ويقتضيها مبدأ تخصيص الرهن ، فإغفالها أو الخطأ فيها يجعل القيد باطلا[1]. وتكون البيانات ثانوية

---

(١) استئناف مختلط ١٠ يناير سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ١٠٧ – وقد اعتبر من البيانات الجوهرية تعيين المدين بكيفية واضحة ، وتعيين العقار المرهون ، وبيان تاريخ العقد ونوعه ، وبيان مقدار الدين وتاريخ حلوله (استئناف مختلط ٢٠ يناير سنة ١٨٨٩ م ١ ص ٣٢٨ – ٢٩ مايو سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٣٠٧ – ٢٧ نوفبر سنة ١٨٩٥ م ٨ ص ١٣ – ١٠ يناير سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ١٠٧) .

إذا لم يقتضها مبدأ تخصيص الرهن ، وإنما استلزمها المشرع لاعتبارات إدارية تتعلق بتنظيم أحكام الشهر وتيسير إجراءاته . مثل ذلك ما يتصل بذكر رقم العقار المرهون إذا كان منزلا ، أو ما يتعلق بتعيين محل مختار للدائن المرتهن ما دام إعلانه ميسوراً فى محل إقامته أو فى قلم كتاب المحكمة . فهذه البيانات ثانوية ، لا يستوجب إغفالها أو الخطأ فيها حتماً إبطال القيد . وقد اصطدمت هذه القاعدة بصعاب كثيرة ، فلم يكن هيناً على القضاء من غير نص تشريعى أن يضع حداً فاصلا بين البيانات الجوهرية والبيانات الثانوية[1]. فكان المرجع الأخير لمحكمة النقض أن تفرض رقابتها على قاضى الموضوع . وأثير التساؤل أيضاً فيما إذا كان القاضى يجب عليه أن يحكم ببطلان القيد ، حتى لو لم يترتب على إغفال البيان أو الخطأ فيه الإضرار بمصالح الغير[2] . فأراد المشرع المصرى حسم هذا الأمر ، فوضع فى قانون الشهر العقارى نصاً خاصاً يبين الجزاء المترتب على إغفال بعض بيانات القيد أو الخطأ فيها . فنص فى المادة ٤١ من قانون الشهر العقارى على ما يأتى : « لا يترتب على إغفال بيان أو أكثر من البيانات المنصوص عليها فى المادة ٣٠ بطلان القيد ، إلا إذا نتج عن ذلك ضرر للغير . ولا يجوز أن يطلب البطلان إلا من وقع عليه الضرر بسبب إغفال البيانات أو بسبب عدم ضبطها ، وللمحكمة أن تبطل أثر القيد أو أن تنقص من أثره تبعاً لطبيعة الضرر ومداه » . وهكذا حلت المادة ٤١ من قانون الشهر العقارى محل قانون أول مارس سنة ١٩١٨ الفرنسى[3] . فلا تقضى المحكمة ، لإغفال بيان أو الخطأ فيه ، ببطلان القيد من تلقاء نفسها ، بل يجب أن يتمسك

---

(١) انظر بلانيول وريبير وبيكيه ١٢ فقرة ٧٥١ .

(٢) استئناف مختلط ٣١ ديسمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ١١٣ .

(٣) وقد استلهم المشرع الفرنسى قانون أول مارس سنة ١٩١٨ من القانون البلجيكى الصادر بهذا المعنى فى ١٦ ديسمبر سنة ١٨٥١ (شمس الدين الوكيل فقرة ٦٢ ص ١٩٢ هامش ٤) .

بالبطلان من لحقه ضرر من إغفال البيان أو الخطأ فيه . وعليه يقع إثبات الضرر ، وللقاضي أن يزن الجزاء الذى يحكم به ، فيحدده فى نطاق الضرر ومداه[١] . ويستند فى ذلك إلى القواعد العامة فى المسئولية التقصيرية ، وتتحقق أركان المسئولية هنا بنسبة الخطأ إلى الدائن وهو مفترض من إغفال البيان أو الخطأ فيه ، وبوقوع الضرر ويقع على المضرور عبء إثباته ، وبتوافر صـلة السببية بين الخطأ والضرر . ويتفاوت التعويض بحسب الأحوال ، فتارة يكون بعدم سريان القيد فى مواجهة من أصابه الضرر ، وتارة بإهدار أثر القيد بالقدر اللازم لرفع الضرر ، كأن يرد فى قائمة القيد مبلغ يجاوز حقيقة الدين فلا يكون القيد سارياً إلا فى حدود المقدار الحقيقى للدين . فالتصوير الجديد للجزاء يختلف عن تصوير الجزاء الذى كان يطبقه القضاءان الفرنسى والمصرى عند ما كانا يفرقان بين البيانات الجوهرية والبيانات الثانوية ، فى هذه التفرقة القديمة كان الأمر يتعلق بحسم مسألة قانونية تخضع لرقابة محكمة النقض . أما الآن فالجزاء هو مجرد تعويض يحكم به القاضى لمن يثبت أنه أصيب بضرر ، فتارة يكون هذا الجزاء عدم نفاذ القيد . وتارة يكون إهدار أثر القيد فى حدود الضرر ومداه ، والقضاء به مسألة موضوعية وليست مسألة قانونية[٢] .

---

(١) فالوصف القانونى للجزاء يقترب من عدم النفاذ أو عدم السريان . ذلك أن القاضى لا يبطل القيد ، وإنما يحكم بجزاء لصالح من أصابه ضرر . وقد لا يقضى ببطلان القيد ، بل يحكم بتعويض الضرر ، فيقتنع بالجزاء اللازم لرفع الضرر (شمس الدين الوكيل فقرة ٦٢ ص ١٩٣) .

(٢) انظر شمس الدين الوكيل فقرة ٦٢ ص ١٩٣ – ص ١٩٤ – « ويعاب على هذا التصوير الجديد ، كما يقول فقهاء فرنسيون ومصريون (أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٧٦ ص ٤٧٧ – بلانيول وريبير وبيكيه ١٢ فقرة ٧٥٢ – شمس الدين الوكيل فقرة ٦٢ ص ١٩٤) ، أنه لم يعتد بالحرص على وضع تنظيم آمر يكفل سلامة أحكام الشهر ويضمن صدق المعلومات التى بمكاتب الشهر العقارى ، وهى المرجع الأساسى للدلالة على حالة الائتمان العقارى فى الدولة بصفة عامة . بل وقد يغرى بعدم تحرى الدقة فى ذكر البيانات القانونية فى قائمة القيد =

٢٠٤ — الحوادث التي تقف إجراء القيد أو تمنع نفاذه : وليس هناك ميعاد حدده القانون لإجراء القيد ، فمتى انعقد الرهن صحيحاً جاز قيده فى أى وقت بعد ذلك . غير أن مصلحة الدائن المرتهن توجب عليه المبادرة إلى إجراء القيد بعد انعقاد الرهن صحيحاً ، لأن التأخير فى إجراء القيد يعرضه لخطر أن يسبقه غيره إلى إجراء القيد فيتقدم عليه . نفرض مثلا أنه يوجد بعد الدائن المرتهن دائن مرتهن آخر متأخر فى تاريخ رهنه عن الدائن المرتهن الأول ، فإذا تأخر هذا الدائن المرتهن الأول عن إجراء قيد رهنه ، جاز أن يبادر الدائن المرتهن المتأخر إلى إجراء قيد رهنه أولا فيجعله قيده فى مرتبة متقدمة ويسبق الدائن المرتهن الأول ويتقاضى حقه قبله من العقار المرهون . ويجوز أيضاً أن يكون هناك مشتر اشترى العقار بعد الرهن ، ويبادر هذا المشترى إلى تسجيل عقد شرائه قبل قيد الرهن ، فى هذه الحالة لا يستطيع الدائن المرتهن أن يتتبع العقار فى يد المشترى ، ويضيع عليه حق رهنه .

لذلك يجب على الدائن المرتهن ، بمجرد انعقاد رهنه صحيحاً ، أن يبادر إلى قيد رهنه ، حتى لا يتعرض لهذه المفاجآت . وإلى جانب ذلك ، فهناك حوادث معينة إذا وقعت قبل قيد الرهن ، ولو انعقد الرهن صحيحاً قبل وقوعها ، منعت من القيد أو جعلته غير نافذ المفعول بالنسبة إلى دائنين ،

= ما دام الجزاء المترتب عليها لن يتحرك إلا إذا تمسك الغير به وأثبت ما أصابه من أضرار ، ولا يخلو هذا الإثبات من الصعوبة فى بعض الأحيان . الأمر الذى قد يفضى إلى الإبقاء على قوائم قيد غير مستوفية للشروط القانونية ، مادام أحد لم يطالب القضاء بعدم سريانها فى مواجهته . ولعله كان من الأفضل الاستعاضة بالمعيار القضائى القديم ، وإخضاعه لتنظيم تشريعى يزيل عنه القلق الذى أصابه فى التطبيق ، وذلك بوضع نص عام يحدد البيانات الجوهرية التى تتصل بمبدأ تخصيص الرهن وتحقيق هدف الشهر ، ويقرر بطلان القيد بحكم القانون إذا ما تخلف بيان منها أو ذكر على سبيل الخطأ . أما البيانات الثانوية التى تتصل بالتنظيم الإدارى لإجراءات الشهر ، فلا يبطل القيد بسبب نقصها ، إلا إذا أثبت الغير ضررا لحقه من ذلك تطبيقا للقواعد العامة فى المسئولية » .

فيهم إذن الدائن المرتهن أن يبادر إلى قيد رهنه قبل وقوع هذه الحوادث .

ونعرض هنا لهذه الحوادث التى تعطل من مفعول القيد ، وتجعله غير كامل الأثر . هناك حادثان لا شك فى أنهما إذا وقعا قبل قيد الرهن ، يكون لهما هذا الأثر : (١) شهر إفلاس الراهن ، وقد أشارت إليه الفقرة الأولى من المادة ١٠٥٣ مدنى عند ما قالت « وذلك دون إخلال بالأحكام المقررة فى الإفلاس » . (٢) تسجيل دائن حاجز على العقار المرهون التنبيه بنزع الملكية .

وهناك حادثان آخران مختلف فى أن يكون لهما هذا الأثر . فقد أريد جعل الإعسار فى منزلة الإفلاس ، وأريد أيضاً منع القيد بعد موت الراهن . وسنرى عند إيراد التفاصيل أن الإعسار لا يكون فى منزلة الإفلاس ، وأن موت الراهن بعد انعقاد الرهن صحيحاً لا يمنع من قيده قيداً صحيحاً بعد موت الراهن[1] .

ويلاحظ ، قبل التعرض للتفاصيل ، أن القيود التى يقف إجراؤها أو يمنع نفاذها بعد وقوع حوادث معينة هى القيود الجديدة التى يترتب عليها شهر حق لم يكن قد سبق شهره . وعلى ذلك لا يقف قيد التجديد ولا قيد الفوائد ، حتى لو وقعت هذه الحوادث قبل القيد . أما قيد التجديد

---

(١) وغنى عن البيان أنه إذا انتقلت ملكية العقار المرهون إلى شخص آخر ، وسجل هذا الشخص التصرف الصادر له ، فإن هذا التسجيل يمنع قيد الرهن إذا لم يكن قيد . وقد نص صراحة على هذا المنع المادة ٦ من قانون ٢٣ مارس سنة ١٨٥٥ الفرنسى والمعدل بمرسوم بقانون صادر فى ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٣٥ . وإذا تم قيد الرهن وتسجيل التصرف الناقل للملكية فى يوم واحد ، نفذ المتقدم منهما فى الترتيب . ولم يكن ذلك سهلا عندما كان هناك سجلان ، واحد للتسجيل والآخر للقيد . ولكن قانون الشهر العقارى قضى بتوحيد السجلين ، إذ نصت المادة ٣١ منه على أن « يعد بالمكتب دفتر للشهر ، تثبت فيه المحررات (للتسجيل) وقوائم القيد (للقيد) على حسب الأحوال بأرقام متتابعة ، وفقا لتواريخ وساعات تقديمها » . (انظر فى ذلك سليمان مرقس فقرة ١٠٠) .

فيجوز إجراؤه حتى بعد وقوع الحوادث المعينة ، وذلك لأن التجديد لا يشهر حقاً جديداً ، بل يقتصر أثره على أن يحفظ للحق السابق قيده مرتبته التى كسبها بالقيد الأول يشترط حصول التجديد قبل سقوط القيد الأول[1] . وأما قيد الفوائد التى تستحق بعد وقوع الحادث الذى يقف القيد ، فإنه لا يمتنع إلا فى حالة تسجيل تصرف الراهن فى العقار المرهون ، لأن انتقال ملكية العقار إلى المتصرف إليه يمنع تحميله بديون نشأت فى ذمة الراهن ما دام لم يكن محملا بها وقت انتقال الملكية[2] .

أما فى حالتى إفلاس الراهن وتسجيل تنبيه نزع الملكية على العقار المرهون ، فيجوز قيد الفوائد لأن العقار يكون باقياً على ملك الراهن ، ولأن هذين الحادثين لا يمنعان سريان الفوائد لمصلحة الدائنين ، ولأن الفوائد يكون منصوصاً عليها فى القيد الأصلى فيكون قيدها تحديداً لاستحقاقها لا قيداً جديداً ، ولأن الدائن لا يمكن أن ينسب إليه الإهمال فى عدم قيد الفوائد قبل ذلك لأنها لم تكن مستحقة[3] .

وبعد ذلك نعرض بالتفصيل للحوادث الأربعة التى سبق إيرادها وهى الإفلاس ، وتسجيل تنبيه نزع الملكية ، والإعسار ، وموت الراهن .

٢٠٥ — الإفلاس : هنا نعرض لحالة ما إذا صدر حكم بشهر إفلاس الراهن . فقد نصت المادة ٢٣١ تجارى على ما يأتى : « حقوق الامتياز والرهن العقارى المكتسبة من المفلس على الوجه المرعى قانوناً يجوز تسجيلها (قيدها) إلى يوم صدور الحكم بشهر إفلاسه . ومع ذلك يجوز الحكم ببطلان ما يحصل من التسجيلات (القيود) بعد وقت وقوفه عن دفع ديونه أو فى

---

(١) المنشية ٢ يونيه سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٩ رقم ١٢٨ ص ٢٨٨ (وقد قرر الحكم أنه إذا بيع العقار ، وسجل عقد البيع فى المدة ما بين قيد الرهن وتجديده ، وكان التجديد لم يحصل إلا بعد انقضاء عشر سنوات من القيد الأول ، لم يحتج بقيد الرهن على المشترى) .

(٢) سليمان مرقس فقرة ١٠٥ .

(٣) بلانيول ٢ فقرة ٣٧٧٧ — سليمان مرقس فقرة ١٠٥ ص ١٧١ .

الأيام العشرة التى قبل هذا الوقت ، إذا مضت أزيد من خمسة عشر يوماً بين تاريخ عقد الرهن العقارى أو الامتيازى وتاريخ التسجيل (القيد) . ويزاد على المدة المذكورة الميعاد المحدد فى القانون لمسافة الطريق بين الجهة التى اكتسب فيها هذا الحق والجهة التى حصل فيها التسجيل (القيد) » .

ويؤخذ من هذا النص :

(أولا) أنه لا يجوز قيد الرهن الرسمى بعد صدور الحكم بشهر إفلاس الراهن . فلو أن شخصاً رهن عقاراً مملوكاً له ، ولم يقيد الدائن المرتهن حقه وبقى كذلك إلى أن صدر حكم بشهر إفلاس الراهن ، لم يبق بعد صدور هذا الحكم من المحكمة أن يقيد الدائن المرتهن رهنه . فقد أراد القانون أن يساوى بين دائنى المفلس ، ليدفع الغش الذى قد يرمى إليه المفلس من تمييز أحد دائنيه على الآخرين . فلا يجوز بعد الحكم بشهر إفلاس المفلس ، أن يحصل أى دائن من دائنيه على مزية لم يكن حاصلا عليها من قبل ، حتى لو كان هذا الدائن دائناً مرتهناً لم يقيد رهنه قبل صدور الحكم بشهر الإفلاس . وإذا حصل القيد بعد الحكم بشهر الإفلاس ، فإنه يكون باطلا ، أى غير نافذ فى حق مجموعة الدائنين . ويمكن أن ينتج القيد أثره فى حق غيرهم من الدائنين ، متى تم الصلح . فلو فرض أن الراهن المفلس استجد له دائنون آخرون بعد الحكم بشهر إفلاسه ، وتم الصلح فى التفليسة ، فإن الدائن المرتهن الذى قيد رهنه بعد صدور الحكم بشهر الإفلاس ، يصبح قيده نافذاً فى حق هؤلاء الدائنين لأنهم استجدوا بعد صدور الحكم بشهر الإفلاس ، حتى لو كان الدائن المرتهن قد علم باضطراب شؤون الراهن[1] .

(ثانياً) إذا كان قيد الرهن قبل صدور الحكم بشهر الإفلاس ، ولكن تم فى فترة الريبة ، أى فى المدة التى تسبق الحكم بشهر الإعسار من عشرة

---

(١) استئناف مختلط ٤ مايو سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢٨١ – سليمان مرقس فقرة ١٠٢ ص ١٦٥ – ص ١٦٦ .

أيام سابقة على وقت وقوف الراهن عن الدفع إلى ما قبل الحكم بشهر الإفلاس ، يجوز للمحكمة الحكم ببطلان القيد . إذا مضت مدة أزيد من ١٥ يوماً (مع ميعاد المسافة) بين تاريخ عقد الرهن الرسمى والقيد . وهنا لا يتحتم على المحكمة أن تحكم ببطلان القيد ، بل يكون لها ذلك كما أن لها ألا تحكم بالبطلان[1] . وقد خشى المشرع هنا من أن يحصل تواطؤ بين المفلس والدائن المرتهن ، فيبقى الدائن المرتهن دون شهر حتى إذا ما توقف المفلس عن الدفع بادر الدائن المرتهن إلى القيد . فإذا استخلصت المحكمة ذلك من وقائع الدعوى قضت بإبطال القيد ، وإلا حكمت بنفاذه .

(ثالثاً) إذا كان قيد الرهن فى فترة الريبة ، ولم يكن قد مضى على تاريخ عقد الرهن إلى تاريخ القيد أزيد من ١٥ يوماً ، فهنا ترجح فكرة التواطؤ ، وعلى القاضى أن يحكم ببطلان القيد .

(رابعاً) إذا صدر عقد الرهن نفسه فى فترة الريبة ولسداد ديون قبل هذه الفترة ، فانه يكون باطلا طبقاً لنص الفقرة الثانية من المادة ٢٢٧ تجارى : وما دام الرهن نفسه باطلا ، فإنه لا يكون لقيده أى أثر . وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٢٢٧ تجارى على ما يأتى : « ويكون أيضاً لاغياً (باطلا) ولا يعتد به كل رهن عقار من عقارات المدين أو منقول من منقولاته ، وكل ما يتحصل عليه المدين من الاختصاص بأموال مدينه لوفاء دينه ، إذا حصل ذلك فى المواعيد المذكورة آنفاً (فترة الريبة) لوفاء ديون استدانها المدين قبل تلك المواعيد » .

(خامساً) إذا كان قيد الرهن قد حصل قبل فترة الريبة ، فإنه يكون صحيحاً . ذلك أن الرهن ذاته يكون قد عقد قبل فترة الريبة ، وكذلك القيد ، فيكون كل منهما صحيحاً ويعتد به .

ويلاحظ أن الراهن ، إذا عقد عقوداً بمقابل بعد وقوفه عن دفع

---

(١) بيدان وفواران فقرة ٦٤٤ .

ديونه وقبل الحكم عليه ، بشهر إفلاسه ، يجوز الحكم ببطلانها إذا ثبت أن المعقود معه تلك العقود كان عالماً باختلال أحوال الراهن . وقد نصت المادة ٢٢٨ تجارى فى هذا المعنى على ما يأتى : « وكل ما أجراه المدين غير ما تقدم ذكره من وفاء ديون حل أجلها ، أو عقد عقود بمقابل ، بعد وقوفه عن دفع ديونه وقبل صدور الحكم عليه بإشهار إفلاسه ، يجوز الحكم ببطلانه ، إذا ثبت أن الذى حصل على وفاء دينه أو عقد معه ذلك العقد كان عالماً باختلال أشغال المدين المذكور . وفى كل الأحوال يجب أن يحكم ببطلان العقود . إذا كان القصد منها إخفاء هبة أو حصول منفعة زائدة عن المقدار لمن عقد مع المفلس المذكور »[1] .

٢٠٦ — تسجيل تنبيه نزع الملكية : والمقصود أن الراهن ، سواء كان هو المدين أو كان كفيلا عينياً ، له دائن آخر غير الدائن المرتهن ، ولو كان هذا الدائن دائناً عادياً . وقبل أن يقيد الدائن المرتهن حقه ، تقدم هذا الدائن الآخر للتنفيذ بحقه على العقار المرهون ، ولو أنه دائن عادى . ووصل هذا الدائن فى التنفيذ إلى حد تسجيل التنبيه بنزع الملكية فعنـــد ذلك لا يستطيع الدائن المرتهن الذى لم يقيد حقه أن يقيده ، وإلا كان القيد باطلا .

وتاريخ ذلك أن تقنين المرافعات الأسبق كان ينص فى المادة ٦٠٨ على منع المدين من التصرف فى عقاره المرهون من وقت أن يسجل دائن ما ، ولو كان دائناً عادياً ، التنبيه بنزع ملكية هذا العقار . وكان يفهم من ذلك أن تصرف المدين فى عقاره يكون صحيحاً قبل تسجيل تنبيه الملكية ، ولو لم يسجل هذا التصرف أو يقيد . فإذا صدر رهن من المدين قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية ، فإن هذا الرهن يكون صحيحاً ولولم يقيد قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية ، وكان يمكن قيده بعد ذلك فيكون سارياً فى حق الدائن نزع الملكية . وكان معنى ذلك أن تسجيل تنبيه نزع الملكية كان لا يقف

---

(١) استئناف مختلط ٧ أبريل سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٥٨ — ١٨ فبراير سنة ١٩٤٨ م ٦٠ ص ٦٠ .

قيد الرهن المعقود قبله . وكان الرهن إذا قيد بعد تسجيل التنبيه ينفذ فى حق الدائن نازع الملكية نفسه .

ثم أتى تقنين المرافعات السابق ، فنص فى المادة ٦١٦ على ألا ينفذ تصرف المدين أو الحائز فى العقار . ولا ما يترتب عليه من رهن أو اختصاص أو امتياز ، فى حق الحاجزين ولو كانوا دائنين عاديين ، ولا فى حق الدائنين المقيدة حقوقهم قبل تسجيل التنبيه وجميع الدائنين الذين سجلوا تنبيهاتهم ولا الراسى عليه المزاد ، إذا كان التصرف أو الرهن أو الاختصاص أو الامتياز قد سجل أو قيد بعد تسجيل تنبيه نزع الملكية . فهذا النص يجعل الرهن الذى تم قيده بعد تسجيل تنبيه نزع الملكية غير نافذ ولو كان ثابت التاريخ قبل هذا التسجيل . فإذا تراخى الدائن المرتهن فى قيد رهنه ، وبقى متراخياً إلى أن أتى دائن آخر ، ولو كان دائناً عادياً ، ونفذ على العقار المرهون بأن نبه بنزع ملكيته وسجل التنبيه بنزع الملكية ، فإن الدائن المرتهن الذى لم يقيد رهنه إلى ذلك الوقت لا يستطيع أن يقيد حقه ، وإذا قيد كان القيد غير نافذ فى حق الدائنين والغير الذين ذكرتهم المادة ٦١٦ مرافعات[1] ، وإنما ينفذ فى حق غيرهم[2] .

ثم أتى أخيراً تقنين المرافعات الحالى ، فنص فى المادة ٤١٥ على ما يأتى : لا ينفذ تصرف المدين أو الحائز أو الكفيل العينى فى العقار ، ولا ينفذ كذلك ما يترتب عليه من رهن أو اختصاص أو امتياز ، فى حق الحاجزين ولو كانوا دائنين عاديين ، ولا فى حق الدائنين المشار إليهم فى المادة ٤١٧ ولا من حكم بإيقاع البيع عليه ، إذا كان التصرف أو الرهن أو الاختصاص

---

(١) أسيوط الابتدائية ١٠ فبراير سنة ١٩٢٥ المحاماة ٥ رقم ٤٣٩ ص ٥٣١ – بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٣٧٧٣ .

(٢) عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٢٤٧ – سليمان مرقس فقرة ١٠١ ص ١٦٤ – وقارن شفيق شحاتة فقرة ٢٣٦ .

أو الامتياز قد حصل شهره بعد تسجيل تنبيه نزع الملكية » . ويفهم من هذا النص المعمول به الآن أن الدائن المرتهن إذا قيد بعد تسجيل تنبيه نزع الملكية، لم ينفذ قيده فى حق الدائن الحاجز ودائنين آخرين ذكرتهم المادة ٤٠٥ مرافعات فيما رأينا .

ومعنى ذلك أنه لا شك هنا أيضاً أن الدائن المرتهن لا يستطيع أن يقيد رهنه بعد تسجيل تنبيه نزع الملكية ، وأنه إذا قيد الرهن متأخراً إلى ذلك الوقت . لم ينفذ القيد فى حق دائنين معينين ذكرتهم المادة ٤٠٥ مرافعات .

٢٠٧ — الإعسار : ولم يكن التقنين المدنى السابق ينظم إعسار غير التاجر . فلم يكن ممكناً قياس الإعسار على الإفلاس ، لأن النصوص الواردة فى الإفلاس نصوص استثنائية لا يجوز تطبيقها فى غير الإفلاس . واستخلص من ذلك أن إعسار المدين غير التاجر ليس كإفلاس المدين التاجر ، ويبنى على ذلك أن شهر إعسار المدين غير التاجر لم يكن يمنع من قيد الرهن ضده حتى بعد الحكم بشهر الإعسار[1] .

ولما صدر التقنين المدنى الجديد ، كان الإعسار منظماً فيه تنظيماً وافياً ، فحمل ذلك كثيراً من الفقهاء على القول بأنه متى شهر إعسار الشخص ، فإنه يمتنع قيد الرهن ضده[2].

---

(١) محمد كامل مرسى فقرة ٩١ — سليمان مرقس فقرة ١٠٢ .

(٢) محمد كامل مرسى فقرة ٩١ ص ١٤٧ — ص ١٤٨ — شفيق شحاتة فقرة ٢٣٤ — محمد على إمام فقرة ١٩٦ — سليمان مرقس فقرة ١٠٣ — ويقول الأستاذ سليمان مرقس فى هذا الصدد . « أما التقنين المدنى الجديد ، فقد نظم الإعسار بما يكفل المساواة فعلا بين الدائنين . فنص فى المادة ٢٥٧ منه أنه متى سجلت صحيفة دعوى الإعسار فلا يسرى فى حق الدائنين أى تصرف للمدين يكون من شأنه أن ينقص من حقوقه أو يزيد فى التزاماته ، كما لا يسرى فى حقهم أى وفاء يقوم به المدين . ونص فى المادة ٢٥٦ فقرة ثانية على أنه لا يجوز أن يحتج على الدائنين الذين يكون لهم حقوق سابقة على تسجيل صحيفة دعوى الإعسار بأى اختصاص يقع على عقارات المدين بعد هذا التسجيل . ويؤخذ من هذا النص أن كل تصرف يصدر من المدين بعد =

ولكن كثيراً من الفقهاء المصريين يرون غير ذلك ، ويذهبون إلى أن شهر الإعسار أو تسجيل صحيفة دعوى الإعسار لا يمنع من قيد الرهن المعقود قبل ذلك[1] . ويقول الأستاذ منصور مصطفى منصور فى هذا الصدد : « ففيما يتعلق بحالة إعسار الراهن يلاحظ أولا أنه إذا عقد الرهن نفسه بعد تسجيل صحيفة دعوى الإعسار ، فلا يسرى فى حق الدائنين وفقاً لنص المادة ٢٥٧ . أما الخلاف فقد ثار فى الفقه بشأن أثر القيد الذى يتم بعد تسجيل صحيفة الدعوى ، إذا كان الرهن قد انعقد قبل ذلك ، بالنسبة للدائنين السابقة حقوقهم على هذا التسجيل ، فنى رأى أن مثل هذا الرهن لا ينفذ فى حق هؤلاء الدائنين قياساً على عدم نفاذ حق الاختصاص الذى قررته المادة ٢/٢٥٦ بقولها على أنه لا يجوز أن يحتج على الدائنين الذين يكون لم حقوق سابقة على تسجيل صحيفة الإعسار بأى اختصاص يقع على عقارات المدين بعد هذا التسجيل ، إذ أن الرهن لا يختلف ، وفقاً لهذا الرأى ، عن حق الاختصاص فى هذا الصدد . وفى رأى آخر ، وهو الذى نفضله ، أن الرهن الذى ينعقد قبل تسجيل صحيفة دعوى الإعسار ويقيد بعده ينفذ فى حق الدائنين السابقة حقوقهم على تسجيل صحيفة الدعوى ، وأن القياس على المادة ٢/٢٥٦ غير سليم ، فعلة عدم نفاذ حق الاختصاص الذى يتقرر

= تسجيل صحيفة دعوى الإعسار ويكون من شأنه تسوىء حالة المدين ، وكل اختصاص يؤخذ على عقارات المدين ، بعد تسجيل صحيفة دعوى الإعسار ، لا يكون نافذاً فى حق دائنيه الذين كانت لم حقوق سابقة على تسجيل صحيفة دعوى الإعسار . ولأن الرهن لا يختلف عن الاختصاص ، يمكن القول إن قيد الرهن بعد تسجيل صحيفة دعوى الإعسار لا ينفذ فى حق الدائنين الذين ترجع حقوقهم إلى ما قبل ذلك التسجيل » (سليمان مرقس فقرة ١٠٣ ص ١٦٧) .

(١) عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٢٤٧ – جمال الدين زكى ص ٢٧٨ – شمس الدين الوكيل فقرة ٦٨ ص ٢٢٠ – ص ٢٢٢ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٠٩ ص ١٤٨ – أحمد سلامة فقرة ٨٢ ص ٢٧٨ – ص ٢٧٩ – منصور مصطفى منصور فقرة ٤٩ ص ١٠٨ – ص ١٠٩ .

على عقارات المدين بعد تسجيل صحيفة دعوى إعساره لا تتوفر بالنسبة للرهن الرسمى الذى ينعقد قبل تسجيل صحيفة الدعوى ويقيد بعده . فقد أراد المشرع بتقرير عدم نفاذ حق الاختصاص تحقيق المساواة بين دائنى المعسر ، ذلك أن الدائنين يبادرون عادة ، بمجرد شهر إعسار مدينهم ، إلى أخذ حقوق اختصاص على عقاراته عن طريق الإجراءات الفردية التى لم ينقطع حقهم فيها لكى يتقدموا على غيرهم . فحتى تتحقق المساواة بين الدائنين قضى القانون بألا يحتج على الدائنين الذين يكون لهم حقوق سابقة على تسجيل صحيفة دعوى الإعسار بأى اختصاص يقع على عقاراته بعد هذا التسجيل . أما بالنسبة للرهن الذى انعقد قبل تسجيل صحيفة الدعوى ، أى فى الوقت الذى كان المدين فيه حراً فى نشاطه القانونى ، فلا يوجد ما يستدعى عدم نفاذه فى حق الدائنين إذا ما قيد بعد التسجيل ، لأن القيد لا يعتبر تصرفاً من المدين حتى يقال بعدم نفاذه »[1] .

وحسبنا هذا القول الأخير ، ونكتفى به فى الرد على الفقهاء الذين يقولون إن تسجيل صحيفة دعوى الإعسار يمنع القيد . ومن رأينا أن الإعسار غير الإفلاس وأنه لم يرد نص يمنع القيد ، وهو ليس بتصرف بل هو إجراء تحفظى محض ، بعد شهر صحيفة الإعسار أو بعد الحكم بالإعسار . وإذا أريد التشبيه بالاختصاص ، فإن أخذ حق الاختصاص لا يعدل القيد . فأخذ حق الاختصاص هو بمثابة أخذ حق الرهن ، وقيد الاختصاص هو الذى يعدل قيد الرهن . وقد فرضنا فيما تقدم أن الرهن ذاته مأخوذ قبل تسجيل صحيفة دعوى الإعسار وأن القيد وحده هو الذى تم بعد ذلك ، فلا معنى لهذا التشبيه ولا يكون صحيحاً إلا إذا كان حق الاختصاص قد أخذ قبل تسجيل صحيفة دعوى الإعسار والقيد وحده لحق الاختصاص هو الذى تم بعد تسجيل صحيفة دعوى الإعسار . ولما كان حق الاختصاص

---

(١) منصور مصطفى منصور فقرة ٤٩ ص ١٠٨ – ص ١٠٩ .

فى العادة يؤخذ ويقيد فى وقت واحد ، فالمفروض أن حق الاختصاص قد أخذ بعد تسجيل صحيفة دعوى الإعسار .

من ذلك يكون تسجيل صحيفة دعوى الإعسار ، بل والحكم نفسه بشهر الإعسار ، لا أثر له فى قيد الرهن ، ويكون الرهن متى انعقد صحيحاً قبل تسجيل صحيفة دعوى الإعسار من الجائز قيده بعد تسجيل صحيفة هذه الدعوى .

٢٠٨ — موت الراهن : والمفروض هنا أن الدائن المرتهن قد كسب حق الرهن فى حياة الراهن ولم يقيده ، ومات الراهن . فكثير من الفقهاء المصريين يذهبون إلى أن موت الراهن يمنع من قيد الرهن[1] . غير أن كثيراً من الفقهاء المصريين لا يرون موت الراهن سبباً لمنع القيد ، وأنه يجوز

---

(١) محمد كامل مرسى فقرة ٩١ ص ١٤٨ – ص ١٤٩ – شفيق شحاتة فقرة ٢٣٥ – محمد على إمام فقرة ١٩٦ – جمال الدين زكى ص ٢٨٠ – سليمان مرقس فقرة ١٠٤ ص ١٦٨ . ويقول الأستاذ سليمان مرقس فى هذا الصدد : « أما الرهن الذى لم يتم قيده قبل وفاة الراهن ، فإنه لا يكون نافذا فى حق الدائنين الآخرين . . . ومن المبادئ المقررة أن دائنى المتوفى العاديين يتساوون جميعا ولا يمتاز أحدهم على الآخرين بسبب لاحق للوفاة ، فإذا قيد الرهن بعد الوفاة فإنه لا يكون نافذا فى حق الدائنين الآخرين ولا يخول صاحبه حق التقدم عليهم . غير أنه مع ذلك كان لإجراء القيد بعد وفاة الراهن فائدة فى إحاطة الغير الذين يريدون التعامل مع الوارث علما بمديونية المورث . . . أى أن القيد كان يفيد فى جعل الغير سيء النية ، فيمنعه من التمسك مثلا بالتقادم الخمسى . لذلك كان يمكن فى ظل القانون القديم قبول إجراء القيد بعد وفاة الراهن ، وإن كان هذا القيد لا يجعل الرهن نافذا فى حق دائنيه الآخرين . غير أن قانون تنظيم الشهر العقارى قد نظم طريقة لإحاطة الغير علما بديون المتوفى ، إذ أوجب فى المادتين ١٣ و ١٤ منه على الورثة تسجيل حق الإرث ، وعلى دائنى المتوفى العاديين التأشير بديونهم فى هامش ذلك التسجيل . وكذلك وضع التقنين المدنى الجديد نظاما اختياريا لتصفية التركات يؤدى إلى سداد ديون المتوفى قبل إعطاء الورثة شهادة التوريث التى يبين فيها ما آل إلى كل منهم من أموال المورث ، ويحقق بذلك المساواة التامة بين دائنى المورث العاديين . فانعدمت بهذا التنظيم الجديد كل فائدة لقيد الرهن بعد موت الراهن ، وأصبح يتعين القول بوقف القيد من وقت وفاة الراهن » (سليمان مرقس فقرة ١٠٤) .

قيد الرهن الذى انعقد صحيحاً فى حياة الراهن حتى بعد وفاته[١] . ويقول الأستاذ منصور مصطفى منصور فى هذا الصدد : « كما ثار الخلاف أيضاً حول أثر قيد الرهن إذا تم بعد وفاة الراهن : ففى رأى أنه لا ينفذ فى حق الدائنين الآخرين للمتوفى ، فيكون الدائن المرتهن الذى لم يقيد رهنه قبل وفاة المورث فى مركز الدائن العادى ، إذ لا يجوز أن يتميز دائن على غيره من الدائنين بسبب لاحق للوفاة . وفى رأى آخر ، وهو ما نفضله ، أن القيد لا يعدو أن يكون إجراء لشهر الرهن . وما دام هذا الرهن قد نشأ صحيحاً فلا تحول الوفاة دون إجرائه ، فإذا تم نفذ الرهن فى حق الدائنين »[٢]. ويقول الأستاذ شمس الدين الوكيل انتقاداً للرأى الأول : « ويؤخذ على هذا الرأى أنه ينكر الأثر القانونى العام الذى يترتب على عقد الرهن . إذ يتقرر للدائن بمقتضاه حق عينى على العقار ، ولا ينقص هذا الحق حتى يسرى فى مواجهة الغير إلا أن يتم قيده . والأصل أن الراهن يلتزم بتيسير إجراء هذا القيد . فإن امتنع عن ذلك ، جاز للدائن أن يباشر بنفسه إن أمكن ذلك ، وأن يستعين بالقضاء فى الأحوال التى يلتزم فيها تدخل الراهن . هذا الالتزام ينتقل بأكمله إلى ورثة الراهن بعد وفاته ، ومن ثم يستمر حق الدائن المرتهن قائماً على العقار ، ويحق له أن يطالب بقيده . فإذا تم ذلك ، وجب القول بسريان هذا القيد فى مواجهة جميع دائنى المورث »[٣] .

ونكتفى بما تقدم ، ونقول إن موت الراهن لا يؤثر فى هذا الإجراء التحفظى الذى هو القيد ، ولم يرد نص فى القانون بجعل وفاة الراهن سبباً لحرمان الدائن المرتهن من قيد رهنه .

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٢٤٧ – شمس الدين الوكيل فقرة ٦٨ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١١٠ – أحمد سلامة فقرة ٨٢ – منصور مصطفى منصور فقرة ٤٩ ص ١٠٩ – ص ١١٠ .

(٢) منصور مصطفى منصور فقرة ٤٩ ص ١٠٩ ص ١١٠ .

(٣) شمس الدين الوكيل فقرة ٦٧ ص ٢٢٣ .

وعلى ذلك لا يكون إعسار الراهن ولا موته سبباً فى منع القيد ، بل يجوز الرهن حتى بعد تسجيل صحيفة دعوى إعسار الراهن ، وحتى بعد وفاة الراهن .

ولا يمنع من قيد الرهن إلا إحدى الحادثتين الاثنتين لورود نص صريح يمنع القيد : إفلاس الراهن ، وتسجيل تنبيه نزع الملكية الصادر من دائن حاجز .

٢٠٩ — ما يضمنه القيد الأصلى من المصروفات : الأصل أن قيد الرهن يضمن ، دون حاجة لذكر ذلك ، أصل الدين المضمون بالرهن ، ومصروفات عقد الرهن ومصروفات القيد ومصروفات التجديد ، وكذلك الفوائد وسيأتى ذكرها فيما يلى . ويأخذ ضمان أصل الدين وضمان المصروفات (مصروفات العقد والقيد والتجديد) المرتبة الأصلية للرهن ، دون حاجة لذكر ذلك أيضاً .

وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ١٠٥٨ مدنى ، فى هذا المعنى ، ما يأتى : « يترتب على قيد الرهن إدخال مصروفات العقد والقيد والتجديد إدخالا ضمنياً فى التوزيع ، وفى مرتبة الرهن نفسها »[١].

وعلى ذلك تكون مصروفات عقد الرهن ومصروفات القيد والتجديد مضمونة بالرهن فى مرتبة الأصلية ، دون حاجة لذكر ذلك فى قائمة القيد[٢]،

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٤٧٩ / ١ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « يترتب على قيد الرهن أن يدخل فى التوزيع وفى نفس مرتبة الرهن ، مصروفات العقد والقيد والتجديد » . وفى لجنة المراجعة أدخل على النص تعديل لفظى فأصبح مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وصار رقمه ١١٥٨ / ١ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١٤٤ /١ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٥٨ / ١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٨٤ — ص ٩٠) .

التقنين المدنى السابق : لا مقابل .

(٢) استئناف مختلط ١٧ يونيه ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٣٥٨ .

وذلك لتفاهة هذه المصروفات بالنسبة إلى أصل الدين المضمون . ولا يدخل في المصروفات المضمونة بالقيد الأصلى مصروفات محو القيد ولا مصروفات إلغاء المحو ، فهذه سيأتى ذكرها فيما يلى . ولكن يدخل التعويض عن أصل الدين المضمون ، فإنه قد حل محل الدين المضمون ذاته ، فيأخذ حكمه .

أما سائر الملحقات ، غير مصروفات العقد والقيد والتجديد ، فلا تكون مضمونة بالرهن دون ذكر خاص . فمثلا لا يكون مضموناً بالرهن دون ذكر خاص الشرط الجزائى المشترط فى العقد ، أو التعويض المشترط دفعه فى حالة الوفاء قبل الميعاد ، فلا بد لضمان ذلك بالرهن من النص عليها صراحة فى القيد[1] .

والملحقات التى لا بد من النص عليها صراحة حتى تكون مضمونة بالرهن ، إذا لم ينص عليها ، جاز إجراء قيد خاص بها ، ويأخذ هذا القيد مرتبته من تاريخ إجرائه[2] .

ويبقى بعد ذلك الفوائد ، فهذه قد يضمن بعضها القيد الأصلى للرهن دون ذكر خاص .

٢١٠ — ما يضمنه القيد الأصلى من الفوائد : نصت المادة ٢/١٠٥٨ مدنى على ما يأتى :

« وإذا ذكر سعر الفائدة فى العقد ، فإنه يترتب على قيد الرهن أن يدخل فى التوزيع مع أصل الدين وفى نفس مرتبة الرهن فوائد السنتين السابقتين على تسجيل تنبيه نزع الملكية والفوائد التى تستحق من هذا التاريخ إلى يوم رسو المزاد ، دون مساس بالقيود الخاصة التى تؤخذ ضماناً لفوائد أخرى

(١) استئناف مختلط ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٢٤ م ٣٧ ص ٩٢ — سليمان مرقس فقرة ١٠٦ .

(٢) استئناف مختلط ٢٥ مارس سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٣١٠ — سليمان مرقس فقرة ١٠٦ .

قد استحقت والتي تحسب مرتبتها من وقت إجرائها . وإذا سجل أحد الدائنين تنبيه نزع الملكية ، انتفع سائر الدائنين بهذا التسجيل »[١] .

ويؤخذ من هذا النص أنه يجب التمييز بين حالتين : (١) حالة ما إذا لم يذكر سعر الفائدة في العقد . (٢) حالة ما إذا ذكر هذا السعر . وقد لا يذكر سعر الفائدة ، ولكن تذكر الفوائد المستحقة نفسها أي مقدارها ، فتكون مضمونة بالرهن وفي نفس مرتبته لأنها مذكورة في العقد[٢] .

(الحالة الأولى) إذا لم يذكر سعر الفائدة في العقد . عند ذلك لا يضمن القيد الأصلي شيئاً من الفوائد ، بل يفرض أن الدين الأصلي لا فوائد له . وعلى ذلك إذا كان للدين فوائد ، سواء كانت مستحقة وقت القيد ، أو استحقت بعد ذلك إلى يوم تسجيل تنبيه نزع الملكية ، أو استحقت من يوم تسجيل تنبيه نزع الملكية إلى يوم رسو المزاد ، أو إلى يوم التوزيع ، فإن القيد لا يضمن شيئاً من ذلك . بل يجب ذكر هذه الفوائد في العقد ، أو إجراء قيد خاص بها ويأخذ مرتبته من تاريخ إجرائه .

(الحالة الثانية) إذا ذكر سعر الفائدة في العقد . فذكر سعر الفائدة دليل على أن الدين ينتج فوائد . وعلى ذلك يضمن القيد الأصلي ، دون حاجة

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في الفقرة الثانية من المادة ١٤٧٩ من المشروع التمهيدي ، على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١١٥٨ / ٢ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١٤٤ / ٢ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٥٨ / ٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٨٤ – ص ٩٠) .

التقنين المدني السابق : م ٥٦٨ / ٦٩٢ : يترتب على تسجيل الرهن أن يكون المرهون تأمينا على أصل الدين وعلى فوائد سنتين إن كان هناك فوائد مستحقة وقت تسجيل تنبيه نزع الملكية ، وعلى ما يستحق من ذلك التاريخ إلى وقت توزيع ثمن العقار المرهون . فإذا سجل أحد الدائنين التنبيه ، انتفع باقي الدائنين بهذا التسجيل .

(٢) بيدان وفواران ٢ فقرة ٩٤٦ – محمد كامل مرسى طبعة ١٩٣٨ في التأمينات الشخصية والعينية فقرة ٣٣٣ – سليمان مرقس فقرة ١٠٧ ص ١٧٢ .

إلى ذكر ذلك ، فوائد السنتين السابقتين على تسجيل تنبيه نزع الملكية ؛ وكذلك الفوائد التى تستحق بعد ذلك من يوم تسجيل تنبيه نزع الملكية إلى يوم رسو المزاد[1] .

ويلاحظ ما يأتى فى هذه الحالة الثانية :

(١) بالنسبة إلى تسجيل تنبيه نزع الملكية ، إذا صدر تنبيه نزع الملكية وسجل من أحد الدائنين ، انتفع بذلك سائر الدائنين . وتقول المادة ٢/١٠٥٨ مدنى فى آخرها فى هذا المعنى : « وإذا سجل أحد الدائنين تنبيه نزع الملكية ، انتفع سائر الدائنين بهذا التسجيل » . ومعنى ذلك أنه إذا وجد إلى جانب الدائن المرتهن دائنان عاديان ، وتولى أحد هذين الدائنين التنبيه بنزع الملكية وسجل التنبيه ، فان الدائن المرتهن ينتفع بهذا التنبيه ، وتكون الفوائد المضمونة بالنسبة إليه فوائد سنتين سابقتين على هذا التسجيل لتنبيه نزع الملكية والفوائد المستحقة بعد ذلك إلى يوم رسو المزاد ، ولو أن هذا الدائن المرتهن نفسه لم يقم بتنبيه نزع الملكية ولم يسجل هذا التنبيه .

(٢) لم يبين التقنين المدنى السابق (٥٦٨) أية سنتين سابقتين على تسجيل تنبيه نزع الملكية يكونان مضمونتين بالقيد الأصلى ، وقد ذهبت كثرة الشراح والمحاكم إلى أن القيد الأصلى يضمن فوائد أية سنتين[2] ولكن التقنين المدنى الجديد نص فى المادة ٢/١٠٥٨ منه على « فوائد السنتين

---

(١) استئناف مختلط ١٥ مارس سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٢١٨ – ١٧ مايو سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٣٢٤ – ٢٢ نوفمبر سنة ١٩١١ م ٢٤ ص ٨ – ٢٤ ديسمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ١٠٤ – ٢٨ ديسمبر ١٩١٥ م ٢٨ ص ٧٩ – ٢٥ يونيه سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٤٠١ .

(٢) دى هلتس فقرة ٨٧ – جرانمولان فقرة ٣٨٨ – محمد كامل مرسى طبعة سنة ١٩٣٨ فى التأمينات الشخصية والعينية فقرة ٣٣٣ – استئناف مختلط ٨ مارس سنة ١٨٩٧ م ١٠ ص ٣٣ – ولكن يشترط فى ذلك ألا تكون الفوائد قد سقطت بالتقادم الخمسى : استئناف مختلط ٤ يونيه سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٤٣٦ .

السابقتين على تسجيل تنبيه نزع الملكية » ، فأصبح لا مجال لاختلاف الرأى فى أن السنتين هما السنتان السابقتان مباشرة على تسجيل تنبيه نزع الملكية . أما ما عدا هاتين السنتين ، أى السنين السابقة على ذلك ، فلا يضمنها القيد الأصلى ، بل لا بد من إجراء قيد خاص بها ومن تاريخ هذا القيد . وعلى ذلك يحتاط الدائن المرتهن ، ولا يجعل الفوائد تتراكم أكثر من سنتين ، وإلا ما زاد على السنتين لا يكون مضموناً بالقيد الأصلى . فهو إما أن يتقاضى هذه الفوائد الزائدة على سنتين ، وإما أن يجرى بها قيداً خاصاً يأخذ مرتبته من تاريخ هذا القيد .

(٣) يضمن القيد الأصلى الفوائد مهما بلغت ، إذا كان سعرها مذكوراً فى القيد ، من يوم تسجيل تنبيه نزع الملكية إلى يوم رسو المزاد . وكان التقنين المدنى السابق يجعل القيد الأصلى يضمن الفوائد من وقت تسجيل تنبيه نزع الملكية إلى وقت توزيع ثمن العقار المرهون[١] . ولم يخول التقنين المدنى الجديد المقبولين فى التوزيع حقاً فى فوائد تأخيرية بعد رسو المزاد رأفة بالمدين أو الراهن ، فاذا كان الراسى عليه المزاد ملزماً بدفع فوائد الثمن ، أو كانت خزانة المحكمة ملزمة بهذه الفوائد بسبب إيداع الثمن فيها ، كان للدائنين المقبولين فى التوزيع حق فى هذه الفوائد على ألا يجاوز ما يتقاضونه من فوائد ما هو مستحق منها قبل الراسى عليه المزاد أو خزانة المحكمة[٢] .

(٤) ما عدا ذلك من فوائد لا يضمنه القيد الأصلى ، حتى لو ذكر فى العقد سعر الفائدة . وإنما يجب فى هذه الحالة إجراء قيد خاص بهذه

---

(١) استئناف مختلط ١٩ مايو سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ١٩٩ – الإسكندرية الابتدائية المختلطة ١٢ ديسمبر سنة ١٩٣٩ م ٥٢ ص ٦٠ : إلى أن يصبح التوزيع نهائيا .

(٢) استئناف مختلط ١٠ يونيه سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ٢١٤ – استئناف مصر ١٤ مارس سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٦ رقم ٢٥٧ ص ٥٨٩ – سليمان مرقس فقرة ١٠٧ ص ١٧٥ هامش ١ .

الفوائد ، يأخذ مرتبته من وقت إجراء القيد الخاص . وتقول المادة ٢/١٠٥٨ مدنى فى هذا المعنى : « دون مساس بالقيود الخاصة التى تؤخذ ضماناً لفوائد أخرى قد استحقت ، والتى تحسب مرتبتها من وقت إجرائها » .

٢١١ — القيود المصححة : وقد يقع أن يجرى قيد ، ويكون غير صحيح أو غير منضبط . عند ذلك لا يقوم هذا القيد بمهمته ، ويجب تصحيحه .

ولتصحيح القيد يجب إجراء قيد جديد ، يكون صحيحاً من أول الأمر .

ويلاحظ أن هذا القيد الجديد المصحح لا يكون له أثر إلا بالنسبة إلى المستقبل ، فلا يكون له أثر رجعى يرجع إلى تاريخ القيد الذى أجرى تصحيحه ، فان هذا القيد القديم الخاطئ أصبح لا يعتد به .

وإذا حوى القيد المصحح الجديد كل البيانات المطلوبة للقيد ، وأصبح قيداً صحيحاً ، فإن قوته تكون مستقلة عن القيد الأول الخاطئ . فيحسب مثلا ميعاد العشر السنوات التى يجب تجديد القيد قبل انقضائها ، اعتباراً بالقيد المصحح الجديد لا بالقيد القديم . فإذا كان قد مضى على القيد أكثر من عشر سنوات ، ولم يمض على القيد المصحح الجديد إلا تسع سنوات ، أمكن تجديد هذا القيد المصحح الجديد قبل انقضاء سنة ، ولا عبرة بانقضاء أكثر من عشر سنوات على القيد القديم غير المصحح[1] .

§ ٢ ـ تجديد القيد

(Renovellement de l'inseription)

٢١٢ — وجوب تجديد القيد كل عشر سنوات : تنص المادة ٤٣ من قانون تنظيم الشهر العقارى على ما يأتى :

---

(١) انظر فى ذلك استئناف مختلط ٧ مايو سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٢٩٩ - جرانمولان فقرة ٣٨٤ - محمد كامل مرسى فقرة ١٠٣ .

« يسقط القيد إذا لم يجدد فى خلال عشر سنوات من تاريخ إجرائه . على أن للدائن أن يجرى قيداً جديداً إن أمكن ذلك قانوناً ، تكون مرتبته من وقت إجرائه . وكل تجديد لا يكن له أثر إلا لمدة عشر سنوات من التاريخ الذى أجرى فيه » .

ويفهم من هذا النص أنه لا يكفى إجراء القيد مرة واحدة ، بل إن الرهن إذا بقى أكثر من عشر سنوات فإنه يجب تجديده كل عشر سنوات . والتجديد واجب كما يقول النص خلال عشر سنوات من تاريخ إجراء القيد ، أو من تاريخ إجراء التجديد . ومعنى ذلك أنه ليس من المحتم أن ينتظر الدائن المرتهن قرب انتهاء العشر السنوات حتى يجرى التجديد ، بل إنه يستطيع خلال عشر سنوات من تاريخ إجراء القيد تجديده . فلو فرض أن دائناً مرتهناً أجرى القيد فى أول يناير سنة ١٩٧٠ فإنه يستطيع التجديد فى أول يناير سنة ١٩٧١ أى بعد سنة واحدة من إجراء القيد ، بل يستطيع التجديد فى خلال المدة من أول يناير سنة ١٩٧٠ إلى آخر ديسمبر سنة ١٩٧٩ ، أى خلال العشر السنوات من وقت إجراء القيد .

والمدة هنا تحسب بالتاريخ الميلادى ، فقد نصت المادة ٣ مدنى على أن « تحسب المواعيد بالتقويم الميلادى ، ما لم ينص القانون على غير ذلك » .

٢١٣ — حساب الميعاد فى تجديد القيد : وفى تجديد القيد يحسب ميعاد تجديد التجديد عشر سنوات من وقت التجديد ، لا من وقت القيد الأصلى . فلوأن دائناً مرتهناً أجرى القيد لأول مرة فى أول يناير سنة ١٩٧٠ ، وجدد القيد فى أول يناير سنة ١٩٧٥ ، فإنه يلزمه تجديد التجديد لغاية أول يناير سنة ١٩٨٥ ، لأن هذا اليوم هو آخر يوم فى العشر السنوات التى يبقى فيها التجديد صحيحاً[1] . ولا يجوز القول بأنه كان له الحق فى أن يجرى التجديد

---

(١) استئناف مختلط ٦ مارس سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢٠١ .

فى أول يناير سنة ١٩٨٠ ، لأننا نكون فى هذه الحالة قد اعتددنا بوقت القيد والواجب الاعتداد بوقت التجديد وهو أول يناير سنة ١٩٧٥ .

ويسرى الميعاد ، فى القيد الأول وفى تجديده ، ابتداء من اليوم التالى لإجراء القيد ، ويحسب اليوم الأخير ولو كان يوم عيد[1] .

٢١٤ — الحكمة فى التجديد : وقد رأى المشرع ، تسهيلا لمهمة الباحث ، أن يوجب تجديد القيد كل عشر سنوات . ذلك أنه ما دام القيد لا يصلح منتجاً لأثره إلا لمدة عشر سنوات ، فما على الباحث الذى يريد تحرى مركز العقار من حيث القيود إلا أن يبحث لمدة عشر سنوات فقط ، فاذا كان هناك قيد أجرى منذ أكثر من عشر سنوات ولم يجدد فإنه يكون معدوم الأثر .

وهذا الاعتبار لا يكفى وحده ، لأنه لا يتحقق فى التسجيل . ولم يشترط المشرع وجوب تجديد التسجيل كل مدة معينة ، بل أوجب التسجيل مرة واحدة . فالباحث عن التسجيل لا يبحث لمدة عشر سنوات فحسب ، ولا لمدة عشرين سنة ، بل يجب أن يبحث كل تسجيل ولو أجرى منذ ثلاثين سنة أو أربعين أو أكثر ، ولا يقف بحثه إلا إذا كان العقار فى يد حائز وخلفائه لمدة خمس عشرة سنة ، فإنه يقف عند ذلك ويعتبر أن هذا الحائز قد تملك العقار بالتقادم .

ولهذا تكون الحكمة فى التجديد حماية الملكية العقارية ، فقد يحدث أن ينقضى الدين المضمون بالرهن ، ويهمل صاحب الشأن شطب القيد ، فقضى المشرع أنه إذا انقضى على هذا القيد عشر سنوات ولم يجدد ، فإن القيد يسقط . وبناء على ذلك يستطيع الدائن المرتهن ألا يشطب القيد ، معتمداً على سقوطه بعد عشر سنوات[2] .

---

(١) پلانيول وريپير وبولانچيه ٢ فقرة ٣٨٧٢ .

(٢) بيدان وڤواران ٢ فقرة ٩٣١ .

وفى البلاد التى تأخذ بنظام السجل العينى ، لا يوجد داع لتجديد مدة لسريان القيد ، فان القيد يستمر نافذاً ، ولو لمدة تزيد على عشر سنوات ، إلى أن يؤشر بمحوه . وقيد الرهن (وغيره من الحقوق العينية التبعية) يكون فى السجل العقارى فى صفحة خاصة بالعقار المرهون ، فيسهل بمجرد الاطلاع على هذه الصفحة معرفة حقيقة مركز العقار من حيث القيود والتسجيلات وغير ذلك ، فلا يوجد داع لإسقاط القيد إذا لم يجدد كل عشر سنوات ، وقد نص كل من القانون الألمانى والقانون السويسرى على ذلك .

٢١٥ — جزاء التجديد : وإذا أجرى قيد ، وجدد فى خلال العشر السنوات من وقت إجرائه ، فإن القيد يبقى حافظاً لآثاره عن طريق التجديد ، وتكون مرتبة التجديد ، وكل تجديد آخر يتلوه فى الميعاد القانونى ، هى نفس مرتبة القيد الأصلى ، وبذلك يستطيع الدائن المرتهن ، عن طريق التجديد ، أن يحتفظ بمرتبته الأصلية لا ينزل عنها .

ولا شك فى أن هذه مزية كبرى ، إذ يستطيع الدائن المرتهن ، إذا كان أجل استحقاق حقه طويلا كما فى الديون طويلة الأجل التى تلجأ بعض البنوك إلى التعامل بها ، أن يحتفظ بمرتبته الأصلية مدة عشرين سنة أو ثلاثين أو أربعين أو أكثر من ذلك .

٢١٦ — جزاء عدم التجديد : وإذا لم يجدد القيد خلال العشر السنوات من وقت إجرائه ، ترتب على ذلك سقوط القيد وانعدام أثره ، فتضيع مرتبة الدين التى يكون القيد قد حفظها . وقد قضت محكمة النقض بأن عدم تجديد قيد الرهن فى الميعاد المحدد يجعله معدوم الأثر . وليس يغنى عن التجديد أن يكون الحق المضمون بالرهن ثابتاً بحكم ، فإن حجية الأحكام لاتتعدى أطرافها ، وهى فى حد ذاتها من غير تسجيل لا تنشئ حقوقاً عينية يحتج بها على الكافة . كما لا يغنى أن يكون الغير عالماً بحصول الرهن ، لأن

القانون أوجب بصفة مطلقة إجراء التجديد لكى يبقى للرهن أثر فى حق الغير ، ولم يستثن إلا الحالة الواردة فى المادة ٥٧٠ مرافعات وهى الخاصة ببيع العقار أمام المحكمة بعد مضى المواعيد التى تجوز فيها زيادة العشر . وإذن فلحائز العقار ، إذا لم يجدد القيد ، أن يتمسك بسقوط الرهن بالنسبة إليه ، ولو كان عالماً به[١] . فيتقدم الدائنون التالون فى المرتبة والغير الذين كسبوا حقوقاً على العقار المرهون على الدائن الذى لم يجدد القيد، فسقط قيده[٢] .

ولكن الرهن يبقى صحيحاً ، ويجوز للدائن المرتهن أن يجرى به قيداً جديداً[٣] ، يأخذ مرتبته من وقت إجرائه ، وذلك إذا كان هذا ممكناً ولم يحل دونه حادث يمنع إجراء القيد كإفلاس الراهن مثلا[٤] . وقد قضى بأن سقوط القيد يعيد مركز الدائن المرتهن إلى ما كان عليه قبل إجراء القيد[٥]، فإذا جدد القيد بعد سقوطه ، وكان قد سبق هذا التجديد تسجيل تصرف صدر من الراهن فى العقار المرهون ، فإن تجديد القيد لا يكون

---

(١) نقض مدنى ١١ يونيه سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٢ رقم ١٧١ – استئناف مختلط ٦ مارس سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ٢٢٣ ص ٤٧٧ .

(٢) استئناف مختلط ٣١ مارس سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ١٩٩ – ويجوز لقاضى التوزيع أن يأخذ من تلقاء نفسه بسقوط القيد : استئناف مختلط ٦ مارس سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢٠١ .

(٣) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن التمسك بسقوط تسجيل الرهن أو الاختصاص لعدم تجديده فى خلال العشر سنوات كما يجوز للدائن المرتهن يجوز للدائن العادى والمشترى الذى سجل عقده قبل تجديد تسجيل الرهن . وفى هذه الحالة الأخيرة لا يجوز للدائن المرتهن تجديد تسجيله ، لأن العين تكون قد خرجت من ملك مدينه ، ويكون فى نفس الحالة التى يكون فيها قد فقد حق الرهن ، وبالتالى يفقد حق البيع ، ويبقى حقه شخصيا محفوظا ضد مدينه (استئناف مصر ٢١ مارس سنة ٣٤ المحاماة ١٥ رقم ١٢ ص ٢٠) .

(٤) استئناف مختلط ٥ مايو سنة ١٩٢١ م ٣٤ ص ٧٧٢ .

(٥) استئناف مختلط ٧ أبريل سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٣٢ .

له أثر بالنسبة إلى المتصرف إليه ، ولو كان تسجيل التصرف المذكور قد تم فى أثناء نفاذ القيد الأول وقبل سقوطه(١) .

وإذا رهن شخص عقاره لدائن مرتهن أول ، ثم رهنه مرة ثانية لدائن مرتهن ثان فى خلال العشر السنوات الأولى لقيد الرهن الأول ، وتأخر الدائن المرتهن الأول فى تجديد قيده عن عشر سنوات ، ولم يتأخر الدائن المرتهن الثانى عن تجديد رهنه ، فإن الدائن المرتهن الثانى يصبح دائناً مرتهناً أولا ، ويتقدم على الدائن المرتهن الأول ، ولو أنه كان يعلم بوجود هذا الرهن عند ما ارتهن العقار(٢) .

٢١٧ — إجراءات التجديد : لم يذكر قانون الشهر العقارى شيئاً عن إجراءات التجديد ، ولكن يمكن استخلاصها بسهولة من إجراءات القيد نفسها .

فيتم التجديد بناء على طلب الدائن المرتهن أو من ينوب عنه أو خلفه ،

---

(١) استئناف مختلط ٨ ديسمبر سنة ١٨٩٨ م ١١ ص ٤١ — ١٨ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٩٠ — ٧ أبريل سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٣٢ — ٩ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣٠٩ — استئناف مصر ٣١ مارس سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ١٢ ص ٢٠ .

وتقول المادة ٤٣ من قانون تنظيم الشهر العقارى ، كما رأينا ، فى هذا الصدد : « على أن الدائن أن يجرى قيدا جديدا ، إن أمكن ذلك قانونا ، تكون مرتبته من وقت إجرائه » .

(٢) وقد كان مقترحا تعديل هذا الحكم ، فوضع نص فى المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « يجوز تجديد القيد كل عشر سنوات . فإذا أجرى التجديد بعد انقضاء هذه المدة ، فلا تحسب مرتبة الرهن إلا من تاريخ إجراء التجديد بالنسبة إلى الغير الذى كسب حقا عينيا على العقار فى المدة ما بين انقضاء عشر السنوات وإجراء التجديد وقام بشهر هذا الحق قبل تجديد القيد . أما بالنسبة إلى أصحاب الحقوق العينية الأخرى ، فتبقى مرتبة الرهن محسوبة من تاريخ إجراء القيد الأصلى » (المذكرة الإيضاحية لمشروع تنقيح التقنين المدنى جزء ٤ ص ٢٩٧) . ولما سحب من مشروع التقنين المدنى الجديد النص المتعلقة بالقيد لتضمينها قانون الشهر العقارى لم يلتفت إلى اقتراح هذا التعديل ، وصدر قانون الشهر العقارى دون أن يأخذ به (سليمان مرقس فقرة ١١٠ — وانظر محمد كامل مرسى فقرة ١٠٧ ص ١٦٥ هامش ٢) .

سواء كان الخلف عاماً كالوارث أو خاصاً كالمحال له إذا حول الدائن المرتهن الحق إلى الغير . فيجوز للمحال له ، ولو قبل أن تصير الحوالة نافذة في حق الغير ، أن يطلب تجديد القيد ، سواء باسمه أو باسم المحيل[1] ، وعلى كل حال توجب مصلحته هو إجراء التجديد في ميعاده[2] .

ويحصل التجديد ضد الراهن ، فإذا كان العقار المرهون قد انتقل وقت التجديد إلى ورثة الراهن أو إلى غيرهم من الخلف ، جاز عند تجديد القيد ضد الراهن تجديده أيضاً ضد هذا الخلف . ومن رأى بعض الفقهاء أنه يجب أن يكون التجديد ضد الخلف ، وقد أوجبت المادة ٤٦٠ من التقنين الإيطالي الجديد ذلك[3] .

ثم تحرر قائمة تجديد يذكر فيها أن التجديد حاصل تجديداً للقيد السابق ، فيستطيع الغير عند ما يرجع إلى القيد السابق أن يعلم درجة الرهن ، لأن هذه الدرجة في القيد السابق تبقى للرهن متى أجرى التجديد في ميعاده . فاذا لم يذكر هذا البيان ، اعتبر القيد قيداً جديداً لا تجديداً ، فيأخذ مرتبته من وقت إجرائه وتضيع مرتبة القيد الأول[4] . وإذا تكرر التجديد ، اكتفى بأن يشار في كل مرة إلى القيد السابق ، من غير حاجة إلى ذكر القيد الأصلي[5] .

ولا حاجة إلى أن ترفق قائمة التجديد بصورة عقد الرهن التنفيذية ، ولا إلى أن تذكر فيها كل البيانات الواجب ذكرها في قائمة القيد الأصلي ،

---

(١) استئناف مختلط ١٧ يونيه سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٣٥٨ .

(٢) استئناف مختلط ٥ يونيه سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٣١٤ .

(٣) سليمان مرقس فقرة ١١٢ ص ١٨٠ هامش ٣ .

(٤) استئناف مختلط ١٥ يونيه سنة ١٨٩٢ م ٥ ص ٣١٦ – محمد كامل مرسى فقرة ١١٠ – سليمان مرقس فقرة ١١٢ ص ١٨١ .

(٥) محمد كامل مرسى فقرة ١١٠ – سليمان مرقس فقرة ١١٢ ص ١٨١ .

ما دامت قائمة التجديد تحيل بوضوح إلى ذلك القيد الأصلى ، سواء كانت تلك الإحالة إحالة مباشرة أو من طريق الإحالة إلى التجديد السابق[١] .

٢١٨ – تجديد القيد واجب حتى فى أثناء الإجراءات التى تتخذ لنزع ملكية العقار المرهون : وقد نصت المادة ٤٤ من قانون الشهر العقارى على ما يأتى :

« بجديد القيد واجب حتى أثناء الإجراءات التى تتخذ لنزع ملكية العقار المثقل بالحق العينى ، ولكنه لا يكون واجباً إذا انقضى الحق أو طهر العقار ، وبوجه خاص إذا بيع العقار قضاء وانقضى ميعاد زيادة العشر » .

ويفهم من ذلك أن تجديد القيد واجب ، ما دام الرهن قائماً . فإذا فرض أن دائناً آخر ، ولو كان دائناً عادياً ، اتخذ إجراءات التنفيذ ، وسار فيها شوطاً بعيداً ، فإن الدائن المرتهن يتعين عليه ، فى أثناء إجراءات التنفيذ هذه ، أن يجدد القيد قبل أن يفوت ميعاد التجديد[٢] . ولا يعنى من وجوب تجديد القيد أن يكون الراهن قد تصرف فى العقار المرهون ، ولو تم تسجيل هذا التصرف[٣] . أو أن يكون الراهن قد شهر إفلاسه ، أو أن يكون أحد الدائنين قد وجه تنبيه نزع الملكية وسجل هذا التنبيه[٤] .

ومع ذلك لا يكون التجديد واجباً فى حالتين : (١) إذا استمر التنفيذ حتى بيع العقار المرهون قضاء وانقضى ميعاد زيادة العشر ، فعند ذلك يكون العقار المرهون قد ترتب عليه حق الراسى عليه المزاد . (٢) إذا انقضى

---

(١) بلانيول وريبير وبولانچيه ٢ فقرة ٣٧٨١ – سليمان مرقس فقرة ١١٢ ص ١٨١ .

(٢) استئناف مختلط ٨ ديسمبر سنة ١٨٩٨ م ١١ ص ٤١ .

(٣) بلانيول وريبير وبولانچيه ٢ فقرة ٣٧٨٧ .

(٤) استئناف مختلط ٢٥ مارس سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ١٥٥ .

حق الرهن بأى سبب من أسباب الانقضاء ، أو طهر العقار من الرهن لأن التطهير يقضى الرهن[١] .

وإذا أعيدت إجراءات البيع على ذمة الراسى عليه المزاد بعد رسو المزاد وانقضاء ميعاد زيادة العشر ، استردت القيود سيرتها الأولى . وقد قضت محكمة النقض بأن تطهير العقار معلق على قيام الراسى عليه المزاد بأداء الثمن فى أجل استحقاقه ، ومتى أعيدت إجراءات البيع على ذمة المشترى المتخلف بعد رسو المزاد الأول وانقضاء ميعاد زيادة العشر ، استردت القيود والتسجيلات سيرتها الأولى ، ولو كان قد مضى عليها أكثر من عشر سنوات[٢] .

٢١٩ — وجوب تجديد الحائز لقيد الرهن : تنص المادة ١٠٦٢ على أنه « يجب على الحائز أن يحتفظ بقيد الرهن الذى حل فيه محل الدائن وأن يجدده عند الاقتضاء ، وذلك إلى أن تمحى القيود التى كانت موجودة على العقار وقت تسجيل سند الحائز » .

فإذا حل الحائز محل الدائن المرتهن فى رهنه ، فعليه أن يتعهد قيد الرهن بالحفظ ، وأن يجدد القيد فى الميعاد حتى يبقى الرهن محتفظاً بمرتبته الأولى : ولا ينقضى التزام الحائز بتجديد القيد ، إلا إذا انقضى حق الرهن أو إذا طهر العقار منه .

فإذا لجأ الحائز إلى التطهير ، فإن التطهير لا يتم إلا بعد أن يعرض الحائز مبلغاً معيناً على الدائنين ، ويقبل الدائنون هذا المبلغ أو يتركوا الأجل المعين للقبول أو الرفض ينقضى دون أن يطلبوا بيع العقار ، وبعد أن يقوم الحائز بإيداع المبلغ أو يدفعه إلى الدائنين الذين يستحقونه[٣] .

---

(١) انظر استئناف مختلط ٤ نوفبر سنة ١٩٢٥ م ٣٨ ص ٦٦ — ٥ مايو سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٧٢ .

(٢) نقض مدنى ٥ نوفبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض سنة ١٩٥٤ ص ١٢١ .

(٣) وقد نصت المادة ١٠٧٠ مدنى على أنه «إذا لم يطلب بيع العقار فى الميعاد وبالأوضاع —

وإذا نزعت ملكية العقار جبراً ، فإنه لا يجب تجديد القيد من الوقت الذى يتم فيه تطهير العقار[١] .

والتطهير لا يتم إلا بتسجيل حكم مرسى المزاد ، وبإيداع الثمن خزانة المحكمة أو دفعه إلى الدائنين الذين يستحقونه[٢] . ولا بد من تسجيل حكم مرسى المزاد ، لحصول التطهير ولإمكان الاستغناء عن تجديد القيد[٣] .

٢٢٠ — الفرق بين القيد الأصلى وتجديد القيد : وهناك اختلاف أساسى بين القيد الأصلى وتجديده . فالقيد الأصلى يمنح للدائن المرتهن مرتبته ، أما التجديد فيقتصر على المحافظة على هذه المرتبة إذا أجرى فى الميعاد فإذا أجرى بعد الميعاد كان قيداً جديداً له مرتبته من وقت إجرائه[٤] .

فالتجديد فى الميعاد القانونى هو استمرار للقيد القديم ، أما التجديد بعد الميعاد فهو قيد جديد وليس استمراراً للقيد القديم ومن ثم يأخذ مرتبته من وقت حصوله .

= المقررة ، استقرت ملكية العقار نهائيا للحائز خالصة من كل حق مقيد إذا هو دفع المبلغ الذى قدم به العقار للدائنين الذين تسمح مرتبتهم باستيفاء حقوقهم منه ، أو إذا هو أودع هذا المبلغ خزانة المحكمة » .

(١) استئناف مختلط ٥ مايو سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٧٢ – وانظر أيضاً استئناف مختلط ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٢٥ م ٣٨ ص ٦٦ .

(٢) فقد نصت المادة ١٠٨٤ مدنى على أنه « إذا بيع العقار المرهون بيعا جبريا بالمزاد العلنى ، سواء كان ذلك فى مواجهة مالك العقار أو الحائز أو الحارس الذى سلم إليه العقار عند التخلية ، فإن حقوق الرهن على هذا العقار تنقضى بإيداع الثمن الذى رسا به المزاد أو بدفعه إلى الدائنين المقيدين الذين تسمح مرتبتهم باستيفاء حقوقهم من هذا الثمن » .

(٣) انظر سليمان مرقس فقرة ١١٣ ص ١٨٣ هامش ٣ .

(٤) بيدان وفواران ١٤ فقرة ٩٤٠ وما بعدها .

٢٢١ – مصروفات التجديد : وقد سبق أن مصروفات التجديد ، كمصروفات الرهن ومصروفات القيد الأول ، تكون على الراهن . فإذا دفعها الدائن المرتهن أو أحد آخر ، رجع بها على الراهن . وهذه المصروفات كلها مضمونة بالرهن وفى مرتبته ، دون ذكر خاص بها . وذلك بخلاف مصروفات المحو وإلغاء المحو ، وسيأتى ذكرها فيما يلى .

٢٢٢ – التأشير على هامش القيد : والتأشير على هامش القيد يراد به تمكين الباحث من العلم بما يطرأ على مصير القيد الأصلى من تغيير ، قد يصل إلى حد أن يصيبه فى بقائه ، أو يمنح آثاره إلى دائن آخر غير الدائن الذى تقرر القيد أصلا لمصلحته .

وتنص المادة ٢/١٠٥٣ مدنى على أنه « لا يصح التمسك قبل الغير بتحويل حق مضمون بقيد ، ولا التمسك بالحق الناشئ من حلول شخص محل الدائن فى هذا الحق بحكم القانون أو الاتفاق ، ولا التمسك كذلك بالتنازل عن مرتبة القيد لمصلحة دائن آخر ، إلا إذا حصل التأشير بذلك فى هامش القيد الأصلى » [١].

فإجراء التأشير فى هامش القيد قد لا يقل أهمية عن إجراء القيد الأصلى ، لأن إغفاله يترتب عليه آثار هامة مثل الآثار التى طالعناها فى النص المتقدم الذكر .

ومن هذه الآثار نقل الدائن المرتهن الالتزام المضمون إلى دائن آخر عن طريق حوالة الحق ، فالحوالة تضمن هذا الالتزام بما كان يكفله من تأمينات كالرهن الرسمى ، فلا يجوز التمسك بالرهن فى مواجهة الغير

---

(١) وتنص المادة ١٩ من قانون تنظيم الشهر العقارى ، فى هذا المعنى ، على أنه « لا يصح التمسك قبل الغير بتحويل حق مضمون بقيد أو برهن ، ولا التمسك بالحق الناشئ من حلول شخص محل الدائن فى هذا الحق بحكم القانون أو بالاتفاق ، ولا التمسك كذلك بمحو القيد ، أو بالتنازل عن مرتبة القيد ، إلا إذا حصل التأشير بذلك فى هامش القيد الأصلى » .

إلا بالتأشير على هامش القيد الأصلي بهذه الحوالة . ويسرى الحكم المتقدم إذا كان الدائن المحيل قد رهن الدين ، فيجب على الدائن المحال له أن يؤشر بذلك على هامش قيد الرهن الرسمي .

واذا حل شخص حلولا قانونياً أو اتفاقياً محل الدائن الأصلي ، امتد هذا الحلول إلى التأمينات وفيها الرهن الرسمي ، فيتعين على الحال أن يؤشر على هامش القيد الأصلي بما يفيد حلوله محل الدائن المرتهن .

وللدائن المرتهن أن ينزل عن مرتبة رهنه في حدود الدين المضمون بهذا الرهن ، لمصلحة دائن آخر له رهن مقيد على نفس العقار . فالتنازل عن مرتبة الرهن لصالح دائن مرتهن آخر لنفس العقار لا يجوز الاحتجاج به على الغير ، إلا إذا أشر بذلك على هامش القيد الأصلي الذى أجرى لمصلحة الدائن المرتهن المتنازل عن مرتبته[1] .

ويقدم طالب التأشير سنداً يثبت توافر السبب القانوني لإجراء هذا التأشير ، كأن يقدم الدائن المحال إليه بحق مضمون برهن الورقة المثبتة لحوالة الحق ، أو يبرز الدائن الموفى مخالصة الوفاء وما يثبت أنه قد حل محل

---

(١) وقد يعرض من الأسباب ما يقضى بمحو القيد ، وهنا استلزم المشرع أيضاً فى المادة ١٩ من قانون الشهر العقارى أن يتم هذا المحو بالتأشير على هامش القيد الأصلى .

وقد نصت المادة ٣٧ من قانون الشهر العقارى على أن « تقدم الطلبات الخاصة بالتأشير الهامشى لمكتب الشهر الذى تم فيه شهر المحرر المراد التأشير على هامشه . ويجب أن يكون الطلب مشتملا على اسم الطالب ولقبه وصناعته وصفته ومحل إقامته ، وعلى بيان لنوع المحرر المتقدم ذكره وتاريخ ورقم شهره والسند الذى يبيح التأشير مع إيضاح تاريخه ونوعه ومضمونه والجهة التى صدر منها وأسماء ذوى الشأن فيه . ويجب أن يكون مصحوبا بهذا السند ، وبسائر الأوراق المؤدية له . ولمكتب الشهر أن يحيل الطلب إلى مأمورية الشهر المختصة ، عند الاقتضاء . وتتبع فى التأشير المادى وحفظ المحررات التى يتم بمقتضاها ، الأحكام الواردة فى اللائحة التنفيذية » .

الدائن . وإذا كان التأشير خاصاً بالتنازل عن مرتبة ، فعلى من تلقاها أن يرفق طلبه بسند هذا التنازل[1] .

ويتقدم الطلب إلى مكتب الشهر (م ٢٢ من اللائحة التنفيذية لقانون الشهر العقارى) ، ويدرج فى دفتر معد لهذه الطلبات ، ويأخذ رقماً متتابعاً تقيد أسبقيته مع ذكر تاريخ اليوم والساعة وما تم بشأنه الطلب (م ٢٢ من اللائحة التنفيذية لقانون الشهر العقارى)[2].

وإذا تحقق المكتب من استيفاء الطلب للشروط القانونية ، أثبت التأشير فى هامش قيد الرهن الرسمى أو فى ورقة تلحق به . ويشتمل التأشير على جميع البيانات التى سبق ذكرها ، وعلى بيان تاريخه والساعة التى تم فيها[3]

---

(١) يجب أيضاً إقامة الدليل على السبب القانونى لمحو القيد ، وهل هو محو اختيارى أو محو قضائى .

(٢) « وإذا تبين أمين مكتب الشهر أن طلب التأشير الهامشى لم يستوف ما يلزم لإجرائه من البيانات ، أبلغ الطالب أوجه النقص بمقتضى كتاب موصى عليه مصحوب بإخطار وصوله . ويعين فى هذا الكتاب أجل لتلافى هذه الأوجه لا يجاوز شهرا ، فإذا انقضى الأجل دون استيفاء الطلب أشر عليه الأمين بالحفظ مع إبداء الأسباب ، وأبلغ الطالب ذلك بكتاب موصى عليه مصحوب بإخطار وصول » (م ٣٨ شهر) . « ولمن حفظ طلبه أن يطلب إلى أمين مكتب الشهر ، فى خلال عشرة أيام من تاريخ إبلاغ قرار الحفظ إليه ، رفع الأمر إلى قاضى الأمور الوقتية بالمحكمة الابتدائية التى يقع مكتب الشهر بدائرتها . ويصدر القاضى قراره على وجه السرعة تبعا لتحقق أو تخلف الشروط التى يتطلب القانون توافرها لإجراء التأشير ، ولا يجوز الطعن فى القرارات التى تصدر على هذا الوجه بأى طريق » (م ٣٩ شهر) . « ولا يجوز إجراء أى تأشير هامشى بمقتضى طلب لاحق من شأنه الإخلال بحق طالب التأشير ، إلا بعد انقضاء الميعاد المعين فى المادة السابقة أو الفصل فى تظلم الطالب على الوجه المبين فيها » (م ٤٠ شهر) .

(٣) ويجب على مكتب الشهر أن يوافى المكتب الرئيسى بصورة من التأشيرات الهامشية فى نهاية كل شهر ، مع بيان رقم وتاريخ شهر المحررات المتعلق . ويقوم المكتب الرئيسى بحفظ هذه الصور ، بعد أن تدرج التأشيرات الواردة بها فى هامش صور المحررات أو فى ورقة تلحق بهذه الصور (م ٢٤ من اللائحة التنفيذية لقانون الشهر العقارى) .

§ ٣ – محو القيد وإلغاء المحو

Radiation de l'inscription et annulation de la radiation

٢٢٣ – محو القيد : قد يوجد ما يستدعى محو قيد الرهن .

فقد يكون الدين المضمون بالرهن قد زال أو انقضى . ويزول الدين إذا كان مثلا باطلا شكلا ، أو كان باطلا موضوعاً أو قابلا للإبطال وقضى بإبطاله . وينقضى الدين بسبب من أسباب انقضاء الالتزام ، كالوفاء بالدين أو التجديد أو المقاصة أو الإبراء أو سقوط الدين بالتقادم . وفى جميع أحوال زوال الدين أو انقضائه ، يسقط الرهن الذى هو ضمان للدين ، ويسقط تبعاً لذلك قيد الرهن ، فيجب أن يمحى القيد

وقد يكون الدين صحيحاً قائماً ، ولكن الرهن يكون باطلا أو قابلا للإبطال وقضى بإبطاله ، أو انقضى بأى سبب لانقضاء الرهن مع بقاء الدين . ولما كان القيد إنما يتعلق برهن صحيح قائم ، فإن القيد فى هذه الحالة يجب محوه .

وقد يكون الدين صحيحاً قائماً ، وكذلك الرهن يكون صحيحاً قائماً ، ولكن القيد نفسه يكون غير صحيح ، فيجب فى هذه الحالة أيضاً محو القيد .

فالقيد إذن يجب محوه ، إما لسبب يتعلق بالدين المضمون ، وإما لسبب يتعلق بالعقار المرهون ، وإما لسبب يتعلق بالقيد . وهذا هو المحو بوجه عام .

٢٢٤ – طريقة المحو : وقد نصت المادة ٤٥ من قانون تنظيم الشهر العقارى على ما يأتى :

« لا يجوز محو القيد إلا بمقتضى حكم نهائى ، أو برضاء الدائن بتقرير رسمى منه . ومع ذلك يكتفى فى إجراء المحو فى حالة رهن الحيازة العقارى وحقوق الامتياز العقارية باقرار عرفى مصدق على التوقيع فيه » .

ويؤخذ من هذا النص أن هناك طريقين لمحو قيد الرهن الرسمي :

(١) المحو الاختياري (radiation volontaire) ، ويكون ذلك برضاء الدائن ، فهو إذن تصرف مبني على إرادة واحدة هي إرادة الدائن ، بتقرير رسمي منه ، ولا يلزم رضاء الراهن .

(٢) المحو القضائي (radiatiou judiciare) ، فاذا تعذر الحصول على رضاء الدائن ، كان لا بد من رفع الأمر إلى القضاء ، فيحكم بالمحو القضائي حكماً نهائياً .

٢٢٥ — المحو الاختياري : رأينا أن المادة ٤٥ من قانون تنظيم الشهر العقاري تقضي بمحو القيد برضاء الدائن بتقرير رسمي منه، فهو لا يكون بموجب عقد عرفي . ولما كان القيد يجري في ورقة رسمية ، فقد أراد المشرع ألا يكون محوه بورقة عرفية ، واستوجب أن يكون ذلك عن طريق ذهاب الدائن أو من ينوب عنه (والتوكيل الصادر من الدائن هنا يجب أيضاً أن يكون رسمياً[١]) ، إلى قلم كتاب المحكمة وعمل تقرير رسمي بالمحو . ورضاء الدائن بمحو القيد صادر بإرادة الدائن المنفردة ، فهو عمل قانوني صادر من جانب واحد ، فلا يشترط لتمامه قبول الراهن[٢] :

وإذا حول الدين ، كان المحو برضاء المحال له دون حاجة لرضاء الدائن الأصلي . وإذا توفي الدائن كان المحو برضاء الورثة ، وإذا

---

(١) جيوار فقرة ١٤٢٨ — بودري ودي لوان فقرة ١٨٤٩ — أوبري ورو ٣ فقرة ٢٨١ — محمد كامل مرسي فقرة ١١٤ ص ١٧٥ — وإذا حصل اتفاق على فك الرهن بورقة عرفية ، أمكن اعتبار هذا الاتفاق بمثابة وعد بمحو القيد ، وكان للراهن أن يطلب الحكم بالمحو بناء على هذا الاتفاق (محمد كامل مرسي فقرة ١١٤ ص ١٧٥ هامش ١ — جرانمولان فقرة ٤٢٠) .

(٢) جيوار فقرة ١٤١٧ وفقرة ١٤٣٥ — بودري ودي لوان فقرة ١٨٢١ — أوبري ورو ٣ فقرة ٢٨١ هامش ٣٧ . ويطلق في القانون الفرنسي على العقد الذي يرضى به الدائن برفع القيد وفك الرهن (mainlevée) .

حصلت القسمة بينهم كان المحو برضاء من وقع الدين المضمون بالرهن في حصته[1] .

ويجب في المحو الاختياري توافر أهلية خاصة في الدائن المرتهن . ومن رأى بعض الفقهاء أن الأهلية الواجبة هي أهلية التصرف في الدين المضمون[2] ، وبموجب القانون المصري يشترط فيمن يقرر المحو ، ولو كان في مقابل قبض الدين ، أن يكون كامل الأهلية أي بالغاً سنه ٢١ سنة غير محجور عليه[3] .

وإذا صدر المحو من نائب عن للدائن ، فإذا كان النائب وكيلا ، فتكفي الوكالة العامة إذا كان محو القيد في مقابل قبض الدين ، لأن استيفاء الدين يدخل في أعمال الإدارة . أما إذا كان المحو دون مقابل ، فلا بد من وكالة خاصة[4] . وإذا كان النائب وصياً ، فهو يملك قبض الدين الذي للقاصر ، فيملك أيضاً محو قيد الرهن إن كان في مقابل قبض الدين . وإلا فلا بد من إذن المحكمة طبقاً للمادة ٣٩ (١١) من قانون الولاية على المال ، وهي تقضي بوجوب الحصول على إذن المحكمة للتنازل عن التأمينات

---

(١) جيوار ١٤١٨ – بودري ودي لوان فقرة ١٨٢٥ وفقرة ١٨٢٦ .

وقد قضى بأن أمين الرهونات مكلف بالتحقق من أن مقرر المحو يملكه من طريق أوراق لا يرقى إليها الشك ، ولا يعتبر من هذا القبيل الأوراق العرفية غير المصدق على التوقيعات التي تحملها (استئناف مختلط ٢٩ أبريل سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٩٩) .

(٢) بودري ودي لوان فقرة ١٨٤٢ وفقرة ٢٢٦٠ – أوبري ورو ٢ فقرة ٢٨١ ص ٦٣٤ – محمد كامل مرسى فقرة ١١٤ ص ١٧٧ .

(٣) سليمان مرقس فقرة ١١٦ .

وكانت الفقرة الثانية من المادة ١٤٧١ من المشروع التمهيدي تنص على أنه « لا يجوز أن يصدر المحو الاختياري من شخص لا يكون أهلا لإبراء ذمة المدين ، إلا إذا تدخل في ذلك من يوجب القانون لصحة هذا الإبراء » . وقد رأت لجنة المراجعة حذف هذه الفقرة ، اكتفاء بالقواعد العامة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٧٣ – ص ٧٤) .

(٤) بيدان وفواران ٢ فقرة ١٢٤٨ .

أو إضعافها . وإذا كان النائب ولياً ، جاز له محو القيد ، ولو دون قبض الدين ، ودون الحصول على إذن المحكمة[1] .

٢٢٦ — المحو القضائي : فاذا تعذر المحو الاختياري ، بأن رفض الدائن محو القيد أو لم يكن فى استطاعته إجراء المحو الاختياري ، جاز لكل ذى مصلحة فى زوال القيد أن يطلب محوه أمام القضاء . فيجوز أن يرفع دعوى المحو القضائي الراهن ، أو الغير الذى انتقل إليه العقار[2] ، أو دائن مرتهن متأخر ويكسب من المحو أن يزول من أمامه واحد من الدائنين الذين يتقدمون عليه[3] ، أو دائن عادى[4] .

ويطلب المحو القضائي ضد الدائن المرتهن المراد محو قيده ، أو ضد خلفائه[5] ، ولا يطلب ضد المدين وحده[6] ، ولا ضد أمين الشهر[7] .

والدعوى عقارية ، فترفع إلى محكمة العقار المرهون ، لا إلى محكمة المدعى عليه[8] . وإذا تعددت العقارات ووقعت فى دوائر محاكم مختلفة ،

---

(١) سليمان مرقس فقرة ١١٦ ص ١٨٧ .

(٢) بودرى ودى لوان فقرة ١٨٦١ .

(٣) بودرى ودى لوان فقرة ١٨٦١ .

(٤) ولكن الراهن لا يجوز له طلب المحو القضائي بسبب بطلان شكل القيد ، لأنه شرع فى مصلحة الغير (جيوار فقرة ١٤٤٠ – بودرى ودى لوان فقرة ١٨٦١ – أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٨١ ص ٦٣٨ هامش ٢١) . وفى الأحوال الأخرى يجوز للراهن أن يطلب المحو (نقض فرنسى ٢٩ مايو سنة ١٨٦٥ داللوز ٦٥ – ١ – ٣٨٠) .

(٥) بودرى ودى لوان فقرة ١٨٦٢ .

(٦) استئناف مختلط ٢٠ يونيه سنة ١٨٩٣ م ٥ ص ٣٢٢ – بودرى ودى لوان فقرة ١٨٦٢ – وحكم بأنه إذا رفعت دعوى المحو قبل التنبيه العقارى ، لم يتعين إدخال المدين فيها (استئناف مختلط ٢ أبريل سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٢٨٣) .

(٧) استئناف مختلط ٢ أبريل سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٢٨٢ – ٢٠ يونيه سنة ١٨٩٣ م ٥ ص ٣٢٢ .

(٨) وقد قضى بأنه إذا اشترى شخصان معا أرضا مرهونة ، وتعهد أحدهما للآخر بمحو تسجيل الرهن ، كانت دعوى هذا المتعهد شخصية من اختصاص محكمة المدعى عليه ، وليست دعوى =

رفعت دعوى المحو بالنسبة إلى كل عقار أمام المحكمة التى يقع فى دائرتها[١] . ولا يجوز التأشير بالمحو قبل أن يصبح الحكم الصادر به نهائياً غير قابل للطعن فيه بالطريق العادى ، وإن كان يقبل الطعن فيه بالنقض أو بالتماس إعادة النظر[٢] .

٢٢٧ — كيف يكون المحو : ولا يكون المحو ، اختيارياً كان أو قضائياً ، بإزالة القيد مادياً ، أو بالضرب عليه . وإنما يكون بالتأشير على هامش قيد الرهن بما يدل على اعتبار أن القيد غير موجود ، ويكون التأشير من مكتب الشهر ، ويشير إلى السند الذى بموجبه حصل المحو ، رضاء كان أو قضاء..

والغرض من التأشير على هامش القيد ، جعل دفاتر الشهر مطابقة للواقع .

وإذا وقع الاتفاق بين الدائن المرتهن والراهن على تخليص بعض العقار عند دفع جزء من الدين ، ودفع جزء من الدين بالفعل ، وجب محو الرهن جزئياً بالتأشير بذلك على هامش للقيد ، وذلك لإزالة الآثار التى تترتب على وجود القيد كاملا دون التأشير بدفع جزء من الدين[٣] .

٢٢٨ — ما يترتب على المحو : إذا كان المحو قد حصل دون أن يحصل النزول صراحة عن الرهن ، لم يفقد الدائن حقه فى الرهن[٤] . فيجوز

= متعلقة مباشرة بمحو قيد الرهن وهى دعوى عينية عقارية من اختصاص المحكمة الموجود بدائرتها العقار المرهون (استئناف مصر ٢٩ يناير سنة ١٩١٨ المجموعة الرسمية ١٩ رقم ٥٠) .

(١) بودرى ودى لوان فقرة ١٨٦٥ — دى هلتس فقرة ٩٦ — جرانمولان فقرة ٤١٧ .

(٢) بيدان وفوارار ٢ فقرة ١٢٥٢ .

(٣) محمد كامل مرسى فقرة ١١٢ ص ١٧٣ .

(٤) استئناف مختلط ٢٣ نوفمبر سنة ١٨٩٩ م ١٢ ص ٢٧ .

للدائن المرتهن ، إذا لم يُؤدَّ الدين وبقى الرهن ، أن يجرى قيداً جديداً للرهن يأخذ مرتبته من وقت إجرائه[١] .

وإذا كان المحو قد حصل بعد النزول عن الرهن ، فلا يكون للدائن المرتهن أن يجرى قيداً جديداً للرهن ، لأن الرهن قد زال .

وعند الشك يعتبر أنه لم يحصل نزول من الرهن ، وإنما حصل عن القيد فقط[٢] .

٢٢٩ — مصروفات المحو : مصروفات المحو تكون فى الأصل على الراهن . وقد نصت المادة ١٠٥٥ مدنى على أن « مصروفات القيد وتجديده ومحوه على الراهن ، ما لم يتفق على غير ذلك » . ويلاحظ أنه إذا كان القيد قد أجرى بخطأ أحد ، كالدائن المرتهن ، كان هو المسئول ويكون ملزماً بدفع مصروفات المحو .

وإذا بيع العقار المرهون ، ودفع المشترى الثمن إلى أرباب الديون المقيدة ، فإن مصروفات المحو تكون فى هذه الحالة على البائع ، إلا إذا وجد اتفاق على خلاف ذلك[٣] .

---

(١) جيرار فقرة ١٤٥٠ – بودرى ودى لوان فقرة ١٨٨٨ – جرانمولان فقرة ٤٢٢ – محمد كامل مرسى فقرة ١١٩ .

(٢) بون ٢ فقرة ١١٠٦ – لوران ٣١ فقرة ٢٢٣ – جيوار فقرة ١٤٥٨ – بودرى ودى لوان فقرة ١٨٨٧ – أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٨١ ص ٦٤٤ .

وكان المشروع التمهيدى ينص فى المادة ١٤٧٤ منه على ما يأتى : « لا يترتب على محو القيد فى ذاته انقضاء حق الرهن ، فيجوز إجراء قيد جديد تحسب مرتبته من وقت إجرائه ، إلا إذا كان حق الرهن قد انقضى » . وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « ويكون المحو بالتأشير على هامش القيد ، مع ذكر السند الذى أجرى بمقتضاه المحو ، سواء كان التقرير الذى صدر من الدائن فى قلم كتاب المحكمة أو كان الحكم النهائى الصادر بالمحو . ويترتب على المحو إزالة القيد نفسه ، ولكن لا يترتب عليه إزالة الرهن إذا كان باقيا ، فيجوز إجراء قيد جديد تحسب مرتبته من وقت إجرائه » . وفى لجنة المراجعة حذفت هذه المادة ، والظاهر أن حذفها يرجع لأنها مجرد تطبيق للقواعد العامة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٧٥ فى الهامش) .

(٣) بودرى ودى لوان فقرة ١٨٤٨ – محمد كامل مرسى فقرة ١١٨ .

ويلاحظ أن مصروفات المحو ليست مضمونة بالرهن ، كما ضمن الرهن مصروفات العقد والقيد والتجديد فيما أسلفنا .

٢٣٠ — إلغاء المحو بعد حصوله : قد يجد ما يستوجب إلغاء المحو بعد حصوله . فالمحو يحصل كما قدمنا ، إما لسبب يرجع إلى الدين المضمون ، وإما لسبب يرجع للرهن وحده دون الدين ، وإما لسبب يرجع إلى القيد ذاته .

وأياً كان سبب المحو ، فقد يكون هذا السبب غير صحيح ، فيقتضى الأمر رفع دعوى بإلغاء المحو .

فقد يكون السبب أن الدين المضمون أو الرهن باطلا أو قابلا للإبطال وقد أبطل ، أو أنه قد انقضى . عند ذلك ترفع دعوى بإبطال الدين المضمون أو بإبطال الرهن ، أو ترفع دعوى بانقضاء الدين أو بانقضاء الرهن ، فيحكم بذلك حكماً نهائياً ، ولكن إذا رفع عن هـذا الحكم نقض أو التماس إعادة النظر لا ينتظر حكم النقض أو حكم إعادة النظر ، ويبادر إلى محو القيد اختياراً أو قضاء .

وقد يكون السبب أن تقرير المحو قد صدر من ناقص الأهلية أو قد شاب عيب من عيوب الرضاء تقريره ، فيجوز للدائن الذى صدر منه التقرير بالمحو أن يحصل على حكم بالغاء المحو ، فيلغى بموجب هذا الحكم .

ومن ذلك نرى أن هناك أسباباً متعددة لإلغاء المحو كما أن هناك أسباباً متعددة للمحو ذاته ، فإذا وجد سبب من أسباب إلغاء المحو ، حكم يصدر من محكمة النقض أو من محكمة التماس إعادة النظر ، أو حكم يصدر بإبطال تقرير المحو لصدوره من غير ذى أهلية أو من شخص شاب رضاءه عيب من عيوب الرضاء ، أو غير ذلك من الأسباب ، فانه لا بد من صدور حكم بإلغاء المحو .

٢٣١ — الدعوى القضائية بإلغاء المحو : ومتى وجد سبب لإلغاء المحو ، رفعت دعوى قضائية بإلغاء المحو .

وترفع الدعوى ، أمام محكمة العقار ، ممن يهمه إلغاء المحو . فقد يكون الدائن المرتهن الذى أرغم على محو قيده ، وبعد صدور حكم بإلغاء المحو . وقد يكون المدين ، وقد صدر حكم من محكمة النقض أو من محكمة التماس إعادة النظر بأن الدين لم ينقض أو أنه غير قابل للإبطال .

ويكون رفع دعوى بإلغاء المحو على الراهن ، لأنه هو الخصم الطبيعى فى دعوى يراد بها إبقاء قيد الرهن .

فاذا تحقق القاضى من أن المحو كان على غير أساس ، حكم بإلغائه ، فيعود القيد إلى ما كان عليه منتجاً لآثاره .

٢٣٢ — الدعوى دائما ضرورية فى إلغاء المحو — مصروفات الدعوى : ويلاحظ أن المحو قد يتم اختياراً أو قضاء ، أما إلغاء المحو فلا يتم إلا قضاء ـ ولا بد من رفع دعوى بالإلغاء ، ولا يجوز التراضى أو الرضاء بالإلغاء[1] .

يجوز للدائن الذى محى قيده ألا يلجأ إلى حكم بإلغاء المحو ، ويعمد إلى إجراء قيد جديد ، ولكن هذا القيد الجديد لا تكون مرتبته إلا من وقت إجرائه[2] . كذلك قد يكون الراهن قد أفلس وقت عمل القيد الجديد ، أو يكون العقار المرهون قد اشتراه حائز وسجل ، فلا يستطيع الدائن أن يجرى القيد الجديد .

فإذا أراد الدائن المرتهن أن يستبقى قيده بالرغم من إفلاس الراهن وبالرغم من بيع العقار المرهون وتسجيل الحائز ، وأن يستبقيه بمرتبته الأصلية ، فلا مناص من دعوى إلغاء المحو .

---

(١) بيدان فقرة ٤١٦ هامش ٢ — بودرى ودى لوان فقرة ١٨٩٢ .

(٢) بون فقرة ١١٠٧ — هيك ١٣ فقرة ٣٨٨ — بيدان فقرة ١٠٥٥ — أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٨١ ص ٦٨٦ — محمد كامل مرسى فقرة ١٢٠ ص ١٨٢ .

وعندما ترفع الدعوى بإلغاء المحو ، بين الدائن المرتهن وبين الراهن ، فالقاضى يحكم بمصروفات للدعوى ، أى بمصروفات دعوى إلغاء المحو ، على من يراه من الخصمين . فقد يكون الدائن المرتهن قد ارتكب خطأ فى محو القيد فيحكم عليه بالمصروفات ، وقد لا يثبت أى خطأ فى جانب الدائن المرتهن فيحكم القاضى بالمصروفات على الراهن . وسواء تحمل المصروفات الدائن المرتهن أو الراهن فإنها لا تكون مضمونة بالرهن ، مثلها فى ذلك مثل مصروفات المحو ، أما المصروفات التى تضمن بالرهن وفى مرتبته فهى ، كما قدمنا ، مصروفات العقد والقيد والتجديد .

٢٣٣ – إجراء إلغاء المحو – التأشير الهامشى : وإذا صدر حكم نهائى بإلغاء المحو ، فإن إلغاء المحو لا يكون بالشطب على المحو لإزالته . وإنما يكون إلغاء المحو بالتأشير على هامش المحو ذاته بأن هذا المحو قد ألغى . فإذا ما ألغى المحو ، عادت للقيد مرتبته الأصلية ، ويجب تجديده فى خلال عشر سنوات من وقت إلغاء المحو[1].

٢٣٤ – ما يترتب على الحكم بإلغاء المحو : ويترتب على الحكم بإلغاء المحو أن يعتبر المحو كأن لم يكن ، ويعود القيد وتعود له مرتبته الأصلية ، ويجب تجديده فى المواعيد القانونية .

---

(١) وقد كان المشروع التمهيدى يحتوى على نص ، هو نص المادة ١٤٧٥ ، وكان يجرى على الوجه الآتى : « ١ – يكون إلغاء المحو بالتأشير به فى الهامش ، إذا كان المحو قد أجرى بناء على سند قضى تزويره أو بطلانه ، أو بمقتضى حكم ألغاه حكم سابق . ٢ – إذا ألغى المحو عادت للقيد مرتبته الأصليه ، مع عدم الإخلال بوجوب تجديد القيد طبقاً للقانون . ومع ذلك لا يكون لإلغاء المحو أثر رجعى بالنسبة للقيد والتسجيلات التى أجريت فى الفترة ما بين المحو وإلغائه » . وقد وافق على النص لجنة المراجعة ومجلس النواب ، بعد تعديلات لفظية . وفى لجنة مجلس الشيوخ حذفته اللجنة ، واكتفت بنص عام يحيل المرجع فى إجراءات القيد وتجديده ومحوه وإلغاء المحو والآثار المترتبة على ذلك كله ، إلى الأحكام الواردة فى قانون تنظيم الشهر العقارى (مجموعة الأحكام التحضيرية ٧ ص ٧٥ – ص ٧٦ فى الهامش) .

فيكون إذن لعودة القيد بمرتبته الأصلية ، عقب الحكم بإلغاء المحو ، أثر رجعي . ولا يكون لهذا الأثر الرجعي إلا استثناء واحد ، سيأتي ذكره في الفقرة التالية .

فإذا فرض مثلا أن العقار قد قيدت عليه ثلاثة رهون ، الأول في أول يناير سنة ١٩٧٠ ، والثاني في أول يناير سنة ١٩٧١ ، والثالث في أول يناير سنة ١٩٧٢ ، ثم محي القيد الأول في أول يناير سنة ١٩٧٣ ، وألغي المحو في أول يناير سنة ١٩٧٤ ، عاد العقار كما كان ، عليه ثلاثة قيود بالترتيب المتقدم . ذلك أنه لما محي القيد الأول ثم ألغي المحو ، لم يتخلل المحو وإلغاء المحو قيد ، فتبقى القيود الثلاثة كما هي بترتيبها كما قدمنا .

وإذا فرض أن العقار المرهون كان عليه قيد في أول يناير سنة ١٩٧٠ ، وقيد آخر في أول يناير سنة ١٩٧١ ، ثم محي القيد الأول في أول يناير سنة ١٩٧٢ ، وألغي المحو في أول يناير سنة ١٩٧٣ ، ووقع على العقار المرهون بعد ذلك قيد جديد في أول يناير سنة ١٩٧٤ ، بقي العقار مثقلا بهذه القيود الثلاثة بترتيبها ، لان القيد الثالث لم يجد بين المحو وإلغائه ، وإنما أجرى بعد إلغاء محو القيد الأول ، فجاء والقيد الأول قائم يحتل المرتبة الأولى ، والقيد الثاني يحتل المرتبة الثانية ، فيحتل هو المرتبة الثالثة .

ويلاحظ أنه يجب على أصحاب القيود الثلاثة أن يراعوا مواعيد القيد ، فيجددوه في الميعاد .

٢٣٥ — مرتبة الدائن الذي محي قيده ثم ألغي المحو : وإذا تخلل المحو وإلغاءه دائن مقيد ، تغير الوضع . وهذا هو الاستثناء من قاعدة الأثر الرجعي الإلغاء المحو .

فنفرض أن الدائن الأول قيد رهنه في أول يناير سنة ١٩٧٠ ، والدائن الثاني قيد رهنه في أول يناير سنة ١٩٧١ ، ثم محي القيد الأول في أول يناير سنة ١٩٧٢ ، وقيد دائن ثالث رهنه في أول يناير سنة ١٩٧٣ والقيد الأول

ممحو ، ثم ألغى المحو فى أول يناير سنة ١٩٧٤ ، فماذا يكون ترتيب الدائن المرتهن الأول الذى محى قيده ثم أعيد .

يكون له ترتيبان : ترتيب بالنسبة إلى الدائن الثانى الذى قيد رهنه قبل المحو ، وترتيب بالنسبة إلى الدائن الثالث الذى تخلل المحو وإلغاء المحو . فبالنسبة إلى الدائن الثانى يبقى هو الدائن الأول ، وبالنسبة إلى الدائن الثالث يتأخر عنه لأن الدائن الثالث قد قيد رهنه وقيد الدائن الأول ممحو دون دون أن يلغى المحو (١).

---

(١) فبالنسبة إلى القيود التى أجريت ما بين محو القيد الأول وإلغاء المحو ، لا يكون لإلغاء المحو أثر رجعى ، وقد نصت على ذلك صراحة المادة ١٤٧٥ من المشروع التمهيدى إذ تقول كما رأينا : « ومع ذلك لا يكون لإلغاء المحو أثر رجعى بالنسبة للقيود والتسجيلات التى أجريت ما بين المحو وإلغائه » . وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « على أنه لا يكون لإلغاء المحو أثر رجعى بالنسبة للقيود والتسجيلات التى أجريت ما بين المحو وإلغائه . فإذا كان (ا) دائنا بألفين وقيد رهنه فى سنة ١٩٣٠ . وقيد (ب) وهو دائن بثلاثة آلاف رهنه فى سنة ١٩٣١ . ومحى قيد (ا) فى سنة ١٩٣٢ . وقيد (حـ) وهو دائن بألفين رهنه فى سنة ١٩٣٣ . وألغى محو القيد فى سنة ١٩٣٤ . وكان ثمن العقار المرهون أربعة آلاف ، فإن التوزيع يكون على الوجه الآتى : يعطى (حـ) نصيبه باعتبار أن (ب) وحده هو الذى يتقدم عليه ، لأن إلغاء المحو فى قيد (ا) ليس له أثر رجعى بالنسبة إلى (حـ) كما تقدم . فيكون ما يأخذه من ثمن العقار ألفا . ويوزع الباقى من الثمن ، وهو ثلاثة آلاف ، بين (ا) و (ب) باعتبار أن (ا) يتقدم على (ب) إذ أن إلغاء المحو له أثر رجعى بالنسبة لهذا الأخير . فيكون ما يأخذه (ا) هو ألفان ، وما يأخذه (ب) هو ألف » . المذكرة الإيضاحية فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٧٦ فى الهامش) .

والرأى الغالب أنه ، عندما يترك الباقى من الثمن وهو ٣٠٠٠ إلى (ا) و (ب) ، يفرض أن المتقدمين لتوزيع ٤٠٠٠ فيما بينهما هما (ا) و (ب) وحدهما ، فكان (ا) يأخذ ٢٠٠٠ مقدار حقه و (ب) يأخذ الباقى وهو ٢٠٠٠ ، فيأخذ (ب) ٢٠٠٠ ، والباقى من ٣٠٠٠ وهو ١٠٠٠ يأخذه (ا) . (انظر محمد كامل مرسى فقرة ١٢٠ – سليمان مرقس فقرة ١١٩) .

انظر ترولون فقرة ٧٤٦ مكررة – بون فقرة ١١٠٧ – هيك ١٣ فقرة ٣٨٨ – ديرانتون ٢٠ فقرة ٢٠٣ – جيوار فقرة ١٤٦١ – فقرة ١٤٦٢ – بيدان فقرة ١٠٥٣ وما بعدها – بودرى ودى لوان فقرة ١٨٩٥ – أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٨١ هامش ٤٠ مكرر – جرانمولان فقرة ٤٢٣ .

وقد نصت المادة ٤٦ من قانون تنظيم الشهر العقارى على أنه « إذا ألغى المحو ، عادت مرتبته الأصلية . ومع ذلك لا يكون لإلغائه أثر رجعى بالنسبة إلى القيود والتسجيلات التى أجريت فى الفترة ما بين المحو والإلغاء »[1].

المبحث الثانى

استعمال حق التقدم وحق التتبع

٢٣٦ – متى يستعمل حقا التقدم والتتبع : متى قيد الدائن المرتهن رهنه ، كان له أن يواجه الغير بحقه ، فيستعمل حق التقدم وحق التتبع . فنبحث كلا من الحقين بالتتابع .

المطلب الأول

حق التقـــدم

٢٣٧ – ترتيب الدائنين : تنص المادة ١٠٥٦ مدنى على ما يأتى :

« يستوفى الدائنون المرتهنون حقوقهم قبل الدائنين العاديين من ثمن

---

(١) وقد قضت محكة النقض بهذا المعنى ، حتى قبل صدور قانون تنظيم الشهر العقارى ، بأن القانون جعل شهر الحقوق العينية عن طريق تسجيلها إعلاما لكل أحد بوجود الحق العينى الذى شهر ، بحيث يكون حجة على كل أرباب الحقوق الذين تلقوا حقوقهم وهو مقيد بالسجل ، إذ أنهم حينئذ يعتبرون قانونا عالمين بوجوده . ولا حجية له على الذين تلقوا حقوقهم وهو غير مقيد بالسجل ، لأنهم حينئذ لم يكونوا عالمين به . ومن ثم فإنه إن محى قيد الحق العينى من السجل ، ثم ألغى المحو ، عادت إلى القيد مرتبته الأصلية التى كانت له قبل محوه ، لكن بدون أن يكون حجة على التسجيلات التى حصلت فى الفترة بين المحو وإلغائه (نقض مدنى ٣١ يناير سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر رقم ٣٥ ص ٣٥) – قارن محمد كامل مرسى فقرة ١٢٠ – سليمان مرقس فقرة ١١٩ – منصور مصطفى منصور فقرة ٥٢ ص ١١٤ – ص ١١٥ .

العقار المرهون ، أو من المال الذى حل محل هذا العقار ، بحسب مرتبة كل منهم ولو كانوا قد أجروا القيد فى يوم واحد[١] » .

ويفهم من هذا النص أن الدائنين يرتبون على الوجه الآتى :

إذا وجد دائنون مرتهنون رهناً رسمياً (أو أصحاب حق اختصاص أو مرتهنون رهناً حيازياً على العقار أو أصحاب حقوق امتياز خاصة على عقار) ، تقدموا بحسب مرتبة كل منهم . والسابق فى المرتبة هو السابق فى القيد . فإذا استنفدنا هؤلاء الدائنين ، يأتى الدائنون العاديون وكلهم متساوون فى المرتبة فيتزاحمون على ما يبقى من أموال المدين .

ويلاحظ أن مرتبة الدائن المرتهن (والدائنين الملحقين به) يحددها مرتبة القيد (م ١٠٥٧ مدنى) ، ولو كان قيد الدائنين فى يوم واحد . وقد نصت المادة ٣١ من قانون تنظيم الشهر العقارى على أن « يعد بالمكتب دفتر للشهر تثبت فيه المحررات وقوائم القيد على حسب الأحوال ، بأرقام متتابعة وفقاً لتواريخ وساعات تقديمها » .

فالأسبقية فى القيد تتحدد إذن بساعة التقديم ، فمن كان أسبق فى الساعة قدم على المتأخر[٢] . ولو تقدم اثنان فى ساعة واحدة ، تساويا ولو كان أحدهما متأخراً بدقائق عن الآخر .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٤٧٧ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة ، تحت رقم ١١٥٦ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١٤٢ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٥٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٨١ – ص ٨٢) .

التقنين المدنى السابق م ٥٦٧ / ٦٩١ : يستوفى أرباب الرهون العقارية مطلوباتهم من ثمن العقار المرهون ، أو من مبلغ تأمينه من المدين إذا احترق ، ويكون استيفاؤهم ذلك بحسب ترتيب تسجيلهم ولو كان تسجيل رهونهم فى يوم واحد .

(٢) وهذا بخلاف القانون الفرنسى ، حيث تتحدد الأسبقية باليوم لا بالساعة ، فيتساوى المتقدمون فى يوم واحد ، ولو كان أحدهم تقدم فى المساء والآخر فى الصباح . ومع ذلك فقد صدر قانون حديث فى فرنسا سنة ١٩٥٥ ، يقرر أنه فى حالة إجراء القيد فى =

وفى حق التقدم ، بعد أن بينا أن الدائن المرتهن الأسبق فى الترتيب هو الذى يتقدم على الدائنين التالين فى المرتبة وعلى الدائنين العاديين ، نحصر كلامنا ، بالنسبة إلى هذا الدائن الأسبق فى الترتيب ، فى ثلاث مسائل :

(١) الدين المضمون ، فيما يتعلق بهذا الدائن .

(٢) المال المرهون ، فيما يتعلق بهذا الدائن أيضاً .

(٣) نزول الدائن المرتهن عن مرتبة رهنه لدائن مرتهن آخر .

§ ١ — الدين المضمون

٢٣٨ — الدين المضمون بالرهن يشمل أولا أصل الدين : نبدأ بأصل الدين . وقد قدمنا أن أصل الدين يذكر فى القيد ، فإذا ذكر على حقيقته أخذ به كما ذكر . وقد يذكر أصل الدين فى القيد أكثر أو أقل . فإن ذكر أكثر ، فالعبرة بأصل الدين الحقيقى ، ولا عبرة بالزيادة المذكورة فى القيد . وإن ذكر أقل ، فيؤخذ بهذا الأقل المذكور فى القيد ، ولا عبرة بزيادة أصل الدين فى الحقيقة على المذكور فى القيد ، لأن هذه الزيادة

= يوم واحد ، تحسب الأفضلية بتاريخ نشوء حق الرهن (سمير تناغو فقرة ٣٧ ص ١٣٩ هامش ١) .

وقد نصت المادة ٣٣ من قانون تنظيم الشهر العقارى على أنه « إذا قدم للمأمورية أكثر من طلب فى شأن عقار واحد ، يجب أن تبحث هذه الطلبات وفقا لأسبقية تدوينها فى الدفتر المعد لذلك ، وأن تنقضى بين إعادة الطلب السابق مؤشرا عليه بالقبول وإعادة الطلب اللاحق مؤشراً عليه بذلك فترة معادلة للفترة التى تقع بين ميعاد تدوين كل منهما ، على ألا تتجاوز هذه الفترة سبعة أيام . وإذا قدم للمأمورية أكثر من مشروع محرر فى شأن عقار واحد ، وجب أن تنقضى بين إعادة مشروع المحرر السابق مؤشرا عليه بصلاحيته للشهر وإعادة مشروع المحرر اللاحق مؤشرا عليه بذلك فترة معادلة للفترة التى تقع بين ميعاد تدوين كل منهما ، على ألا تجاوز هذه الفترة خمسة أيام » .

لم تقيد فهى إذن لم تشهر ، والعبرة بالقيد ما لم يزد على الحقيقة . وقد سبق الكلام فى كل ذلك .

٢٣٩ — الديون الشرطية والاحتمالية والمستقبلة : الديون الشرطية هى ما أعلقت على شرط فاسخ أو على شرط واقف .

فان علقت على شرط فاسخ ، فهى ديون موجودة حقا ولكنها تزول إذا تحقق الشرط الفاسخ . فلا يحرم الدائن المعلق حقه على شرط فاسخ من الاشتراك فى التوزيع بحسب مرتبة رهنه ، ومن الحصول على نصيبه فى التوزيع . وقد استقر الفقه والقضاء فى فرنسا على إلزام هذا الدائن بتقديم ضمان يكفل رد ما استوفاه ، إذا تحقق الشرط الفاسخ[١]. وفى هذه الحالة ، يعاد توزيع ما رده الدائن تحت شرط فاسخ على سائر الدائنين .

وإن علق الدين على شرط واقف ، فهو دين محتمل الوجود ولكنه غير متأكد . وهذا يمنع الدائن من المطالبة بحصة عاجلة فى التوزيع لأن حقه احتمالى ، فلا يجوز حرمان الدائنين التالين له فى المرتبة من استيفاء حقوقهم من كل ثمن العقار . والرأى الراجح أن تقدر لهذا الدائن تحت شرط واقف حصة احتمالية هى مقدار دينه المعلق على شرط واقف ، ويتم التوزيع الفعلى لثمن العقار بأكمله على الدائنين التالين فى المرتبة ، ولكن يلتزم هؤلاء الدائنون بتقديم تأمين يضمن الوفاء بحصة الدائن تحت شرط واقف فيما إذا تحقق الشرط[٢].

وإذا كان الدين ناشئاً عن فتح حساب جار ، فهذا دين احتمالى مستقبل . احتمالى لأنه لا يعرف من سيكون الدائن قبل إقفال الحساب الجارى ، ومستقبل لأنه أياً كان الدائن فحقه لم يوجد بعد ولكنه سيوجد فى المستقبل .

---

(١) أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٨٥ص٥٦٦ — پلانيول وريپير وبيكيه ١٣ فقرة ٩٧٦ .

(٢) أنسيكلوبيدى دالوز ٢ ص ٩٢١ فقرة ٢٥٦ وما بعدها .

فى الفترة التى يستمر خلالها قيد الحقوق والالتزامات يكون الدين المضمون بالرهن احتمالياً ومستقلا . ولا يتحقق وجوده ولا يتحدد مقداره إلا بقطع الرصيد وإقراره . ولكن يجب تحديد الدين الذى يضمنه الرهن بقدر معين أو بحد أقصى ، لا بد من ذكره فى العقد وفى قائمة القيد . وكثيراً ما يحدث فى العمل ان يعلق المصرف فتح الحساب الجارى على تقديم ضمان من العميل يكفل الوفاء بما قد يترتب عليه من ديون ، فإذا قدم رهناً رسمياً وأجرى قيد الرهن ، حسبت مرتبته من تاريخ قيده فى نطاق المبلغ المحدد فى قائمة القيد . وإذا كان الرهن يضمن الوفاء بالدين الناشىء عن الحساب الجارى خلال فترة معينة ، لمدة سنة مثلا ، فلا يستطيع المصرف أن يحتج برهنه إلا فى حدود المبالغ التى قد تستحق له عند انقضاء هذه السنة[١] . وإذا بيع العقار المرهون ، جاز للمصرف استيفاء حصته ، فإذا تبين فيما بعد أنه مستحق لما صرفت له ، وإلا وزعت على سائر الدائنين[٢] .

وقد نصت المادة ١٠٥٧ مدنى على أن « تحسب مرتبة الرهن من وقت قيده ، ولو كان الدين المضمون بالرهن معلناً على شرط أو كان ديناً مستقبلا أو احتمالياً »[٣] .

---

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا اتفق الطرفان فيما بعد على مد الميعاد الذى يقفل فيه الحساب أو الاعتماد ، فإن هذا الاتفاق لا ينفذ فى حق الغير ، بمعنى أن الرهن لا يشمل المبالغ التى تسلمها الراهن بعد الميعاد الأصلى المتفق عليه ، ولو كانت جملة هذه المبالغ مضافة إلى ما تسلمه فى الميعاد لا تجاوز الحد الأقصى المرخص فيه فى العقد الأصلى (استئناف مختلط ١١ يونيه سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٩٩) .

(٢) وهنا رأى بتوزيع ثمن العقار على الدائنين الآخرين ، مع إلزامهم بتقديم ضمان عينى يكفل الوفاء بالمبالغ التقدير المحدد فى قائمة القيد لحق المصرف . وقيل بإرجاء التوزيع إذا كان التحقق من وجود الدين قريبا ، وقبل توزيع حصص الدائنين السابقين للمصرف فى المرتبة . أما الدائنون المتأخرون فى المرتبة عن المصرف فتبقى حصصهم فى التوزيع معلقة ، حتى يتحدد مصير الدين الناشئ عن الحساب الجارى (پلانيول وريپير وبيكيه ١٣ فقرة ٩٧٦) .

(٣) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٤٧٨ من المشروع التمهيدى على وجه —

٢٤٠ — الإيراد المرتب مدى الحياة : وقد يكون الدين المضمون بالرهن إيراداً مرتباً مدى الحياة .

وقد استقر الفقه والقضاء الراجح فى فرنسا على أن الدائن بهذا المرتب لا يستأثر برأس مال يعادل الأقساط العادية التى قد تستحق له ، لأن عدد هذه الأقساط غير معلوم ما دام المرتب الإيراد مدى حياته لم يمت .

وقد ذهب رأى إلى وجوب حبس رأس مال معين يودع بتوجيه المحكمة ، ويستثمر استثماراً من شأنه تمكين الدائن من الحصول على مرتبه . ولكن يعاب على هذا الرأى أنه يصعب كثيراً تقدير رأس المال هذا لأن المرتب الإيراد على حياته لا يزال حياً ، ولا يعلم متى يموت .

وذهب رأى آخر ، وهو أصح من الناحية العملية ، إلى القول بأن ثمن العقار المرهون يوزع على سائر الدائنين بحسب مراتبهم ، ولكن يشترط أن الدائنين المتأخرين عن الإيراد المرتب يتعهدون متضامنين بأداء المرتب فى مواعيد استحقاقه الدورية . وقد يضاف وجوب تقديم ضمان عينى يعوض الدائن بالمرتب ما فاته من زوال الرهن المقرر على العقار[1] .

= مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، غير أن المشروع التمهيدى كان يتضمن فقرة ثانية تجرى على الوجه الآتى : « وتتحدد هذه المرتبة بالرقم المتتابع للقيد . فإذا تقدم أشخاص متعددون فى وقت واحد ، لقيد رهونهم ضد مدين واحد ، وعلى عقار واحد ، فيكون قيد هذه الرهون تحت رقم واحد ، ويعتبر هؤلاء الدائنون عند التوزيع فى مرتبة واحدة » . ووافق على نص المشروع التمهيدى لجنة المراجعة ، تحت رقم ١١٥٧ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، تحت رقم ١١٤٣ . وفى لجنة مجلس الشيوخ حذفت الفقرة الثانية اكتفاء بالقواعد المقررة فى قانون تنظيم الشهر العقارى ، وأصبح رقم المادة ١٠٥٧ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٨٢ — ص ٨٤) .

التقنين المدنى السابق : لا مقابل .

(١) انظر بلانيول وريبير وبيكيه ١٣ فقرة ٩٧٦ — شمس الدين الوكيل ٩٧ ص ٢٩٦ — ٢٩٧ .

٢٤١ – ملحقات الدين المضمونة بالرهن – نص قانوني : تنص المادة ١٠٥٨ مدني على ما يأتي :

« ١ – يترتب على قيد الرهن إدخال مصروفات العقد والقيد والتجديد إدخالا ضمنياً في التوزيع وفي مرتبة الرهن نفسها » .

« ٢ – وإذا ذكر سعر الفائدة في العقد ، فإنه يترتب على قيد الرهن أن يدخل في التوزيع مع أصل الدين وفي نفس مرتبة الرهن فوائد السنتين السابقتين على تسجيل تنبيه نزع الملكية والفوائد التي تستحق من هذا التاريخ إلى يوم رسو المزاد ، دون مساس بالقيود الخاصة التي تؤخذ ضماناً لفوائد أخرى قد استحقت والتي تحسب مرتبتها من وقت إجرائها . وإذا سجل أحد للدائنين تنبيه نزع الملكية ، انتفع سائر الدائنين بهذا التسجيل »[1].

وقد سبق أن بينا أن هناك ديوناً تلحق بأصل الدين ، يضمنها الرهن دون أن تذكر ، وهذه هي : (١) مصروفات العقد ومصروفات القيد ومصروفات التجديد . (٢) فوائد السنتين السابقتين على تسجيل تنبيه نزع الملكية والفوائد المستحقة بعد ذلك من يوم تسجيل تنبيه نزع الملكية إلى يوم رسو المزاد ..

وهذه الديون (المصروفات والفوائد) يضمنها الرهن بمرتبته دون ذكر خاص ، وما عداها من ملحقات الدين ، كالعقارات بالتخصيص والفوائد

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٤٧٩ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت لجنة المراجعة على النص ، تحت رقم ١١٥٨ من المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١٤٤ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٥٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٨٤ – ص ٩٠) .

التقنين المدني السابق م ٥٦٨ / ٦٩٢ : يترتب على تسجيل الرهن أن يكون المرهون تأمينا على أصل الدين وعلى فوائد سنتين إذا كان هناك فوائد مستحقة وقت تسجيل تنبيه نزع الملكية ، وعلى ما يستحق من ذلك التاريخ إلى وقت توزيع ثمن العقار المذكور . فإذا سجل أحد الدائنين التنبيه ، انتفع باقي الدائنين بهذا التسجيل .

(انظر مادتين محذوفتين : مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٨٥ – ص ٨٩ في الهامش)

قبل السنتين السابقتين على تسجيل التنبيه وكذلك أى شيء آخر يراد إدخاله فى ضمان الرهن ، لا بد من ذكره ذكراً خاصاً فى عقد الرهن وكذلك فى القيد .

وجاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « وغنى عن البيان أن هذا الحكم يعدل كل العدل بحقوق الدائن ، ويكفل من الحماية ما يؤمنه من بطء إجراءات التنفيذ . ثم يخفه يحمى الدائنين بعضهم من البعض الآخر ، من طريق تحقيق المساواة بينهم فى توزيع الفوائد المستحقة قبل الراسى عليه المزاد وقبل الخزانة ، إذ تقسم بينهم قسمة غرماء ، دون تمييز بين دائن مضمون حقه ودائن لا ضمان له »[1] .

والمقصود بالفوائد التى توزع على الدائنين جميعاً قسمة غرماء ، دون تمييز بين دائن ودائن ولو كان الدائن الآخر دائناً عاديا ، هى الفوائد التى تستحق بعد يوم رسو المزاد ، والتى قد يدفعها الراسى عليه المراد أو خزانة المحكمة ، فإنها تقسم بين الدائنين جميعاً قسمة غرماء ، دون تمييز بين دائن ودائن ، ولو كان الدائن الآخر دائنا عادياً .

ونعرض بعد ذلك لصور من التزاحم مع الدائن المرتهن رهناً رسمياً .

٢٤٢ — التزاحم بين دائن مرتهن رهنا رسميا ودائن آخر مرتهن رهنا رسميا : إذا تزاحم دائنان مرتهنان رهناً رسمياً ، فالعبرة بالأسبقية فى القيد . والموظف المختص يذكر يوم وساعة تقديم الطلب ، فمن كان طلبه أسبق ولو بساعة يتقدم على الطالب المتأخر . فإذا قدم الاثنان طلبيهما فى يوم واحد وفى بساعة واحدة ، تعادلا ولا يتقدم أحدهما على الآخر ، بل يكون الاثنان فى مرتبة واحدة .

على أنه إذا رهن أحد الشركاء حصة شائعة أو جزءاً مفرزاً فى عقار

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٩١ .

مملوك على الشيوع ، ثم انتقل هذا الرهن إلى عقار وقع فى نصيب الشريك الراهن ، فإن هذا الانتقال يتم وفقاً لإجراءات معينة ، ويقتضى إجراء قيد جديد للاحتفاظ بمرتبة الرهن السابقة (م ١٠٣٩ مدنى) . ولكن الاحتفاظ بهذه المرتبة بموجب هذا الإجراء لا يجوز أن يضر برهن تقرر على العقار ، وكان صادراً من جميع الشركاء . ولذلك عند ما يتزاحم دائن مرتهن من شريك واحد استقر حقه على العقار الذى انتقل إليه الرهن ، والدائن المرتهن من جميع الشركاء فضل هذا الدائن المرتهن من جميع الشركاء .

وقد تقدم ذكر ذلك فيما مر .

٢٤٣ — التزاحم بين دائن مرتهن رهنا رسميا ودائن له حق امتياز عام : المفروض هنا أنه يوجد دائن مرتهن رهناً رسميا على عقار ، ويتزاحم معه دائن آخر غير مرتهن ولكن له امتياز عام .

وقد نصت المادة ٢/١١٣٤ مدنى على أن « حقوق الامتياز العامة ، ولو كان محلها عقاراً ، لا يجب فيها الشهر ، ولا يثبت فيها حق التتبع . ولا حاجة للشهر أيضاً فى حقوق الامتياز العقارية الضامنة لمبالغ مستحقة للخزانة العامة . وهذه الحقوق الممتازة جميعاً تكون أسبق فى المرتبة على أى حق امتيازى آخر أو أى حق رهن رسمى ، مهما كان تاريخ قيده » .

وجاء أيضاً فى المادة ٢/١١٣٨ مدنى ، بالنسبة إلى امتياز المصروفات القضائية ، أن « تستوفى هذه المبالغ قبل أى حق آخر ، ولو كان ممتازاً أو مضموناً برهن رسمى » .

وجاء أيضاً فى المادة ٢/١١٣٨ مدنى ، بالنسبة إلى امتياز المصروفات القضائية ، أن « تستوفى هذه المبالغ قبل أى حق آخر ، ولو كان ممتازاً أو مضموناً برهن رسمى » .

وجاء فى المادة ٢/١١٣٩ مدنى ، بالنسبة إلى المبالغ المستحقة للخزانة العامة ، « وتستوفى هذه المبالغ من ثمن الأموال المثقلة بهذا الامتياز فى أية يد كانت قبل أى حق آخر ، ولو كان ممتازاً أو مضموناً برهن رسمى « عدا المصروفات القضائية » .

ويستفاد من كل هذه النصوص أن الدائن المزود بحق امتياز عام ، وهو لا يشهر ، يفضل على الدائن المرتهن رهناً رسمياً أياً كان تاريخ قيده .

٢٤٤ — التزاحم بين دائن مرتهن رهنا رسميا ودائن مزود بتأمين عقارى خاص : والدائن المزود بتأمين عقارى خاص مثله دائن مرتهن رهناً حيازياً ، ودائن تقرر له حق اختصاص ، ودائن مزود بامتياز عقارى خاص .

تكون الأفضلية هنا للدائن الأسبق فى القيد ، فإذا كان هو الدائن المرتهن رهناً رسمياً تقدم عليهم جميعاً ، وإلا تقدم من الدائنين الآخرين من كان أسبق فى القيد .

وهنالك استثناءات ثلاثة :

(١) نصت المادة ١١٤٨ مدنى على أن « ١ — المبالغ المستحقة للمقاولين والمهندسين المعماريين الذين عهد إليهم فى تشييد أبنية أو منشآت أخرى أو فى إعادة تشييدها أو فى ترميمها أو صيانتها ، يكون لها امتياز على المنشآت ، ولكن بقدر ما يكون زائداً بسبب هذه الأعمال فى قيمة العقار وقت بيعه . ٢ — ويجب أن يقيد هذا الامتياز ، وتكون مرتبته من وقت القيد » .

ولكن نصت المادة ١١٣٦ مدنى على أن « يشمل الرهن ملحقات العقار المرهون التى تعتبر عقاراً ، ويشمل بوجه خاص حقوق الارتفاق والعقارات بالتخصيص والتحسينات والإنشاءات التى تعود بمنفعة على المالك ، ما لم يتفق على غير ذلك . مع عدم الإخلال بامتياز المبالغ المستحقة للمقاولين أو المهندسين المعماريين المنصوص عليه فى المادة ١١٤٨ » .

(٢) نصت المادة ١٠٤٩ مدنى على أن « للشركاء الذين اقتسموا عقاراً حق امتياز عليه تأميناً لما تخوله القسمة من حق فى رجوع كل منهم على الآخرين ، بما فى ذلك حق المطالبة بمعدل القسمة . ويجب أن يقيد هذا الامتياز ، وتكون مرتبته من وقت القيد » .

وهذا الامتياز يتقدم على حق الدائن المرتهن من شريك على الشيوع ، إذا انتقل الرهن بعد القسمة إلى أعيان أخرى غير التى رهنت أصلا »[1].

(٣) ويتعلق هذا الاستثناء بحق الاختصاص من دائن يعلم أن المدين رهن العقار ، المأخوذ عليه حق اختصاص ، من قبل لدائن آخر . هنا تثبت الأولوية للدائن المرتهن حتى لو كان الاختصاص مقيداً فى تاريخ سابق على قيد الرهن ، ما دام صاحب الاختصاص كان على علم بسبق تقرير الرهن[2].

§ ٢ – المال المرهون

٢٤٥ — المال الذى حل محل العقار المرهون : رأينا أن المادة ١٠٥٦ مدنى تنص على أن « يستوفى الدائنون المرتهنون حقوقهم قبل الدائنين العاديين من ثمن العقار المرهون أو من المال الذى حل محل هذا العقار ... » .

ونصت المادة ١٠٤٩ مدنى على أنه « إذا هلك العقار المرهون أو تلف لأى سبب ، انتقل الرهن بمرتبته إلى الحق الذى يترتب على ذلك ، كالتعويض أو مبلغ التأمين أو الثمن الذى يقدر مقابل نزع ملكيته للمنفعة العامة » .

فالدائن المرتهن رهناً رسمياً لا يستوفى حقه من ثمن العقار المرهون فحسب، بل أيضاً يستوفيه من المال الذى حل محل العقار المرهون[3] . ذلك أن هذا

---

(١) شمس الدين الوكيل فقرة ١٠٣ ص ٣٠٥ .

(٢) شمس الدين الوكيل فقرة ١٠٣ ص ٣٠٥ .

(٣) وهذا الحكم أيضاً ينطبق على حق الاختصاص ورهن الحيازة وحقوق الامتياز . جاء فى المادة ١٠٩٥ مدنى ، بالنسبة إلى حق الاختصاص ، أنه يسرى عليه ما يتضمنه الرهن الرسمى من أحكام . ونصت المادة ٧٧٠ مدنى على أنه « إذا كان الشىء المؤمن عليه مثقلا برهن حيازى —

الحق يتعلق بالقيمة الاقتصادية للعقار المرهون ، وهذه القيمة الاقتصادية تتمثل فى قيمة المال الذى حل محل العقار المرهون .

والصورة المألوفة لتحويل العقار المرهون إلى مقابل نقدى هى بيعه بيعاً جبرياً ، واستيفاء الحق من الثمن الذى رسا به المزاد . والبيع طريقة لتقويم العقار بمبلغ من النقود ، وتوجد طرق أخرى كمبلغ التعويض وعوض التأمين وما يستحق عن نزع ملكية العقار المرهون للمنفعة العامة .

ونقتصر هنا على استعراض هذه الحالات الثلاث : مبلغ التعويض ، وعوض التأمين ، ومقابل نزع الملكية للمنفعة العامة .

٢٤٦ — *مبلغ التعويض* : نفرض هنا أن العقار المرهون قد هلك أو تلف بخطأ الغير ، فيكون على الغير أن يدفع مبلغ التعويض . وقد حل مبلغ التعويض هذا محل العقار المرهون ، فينتقل إليه حق الرهن ، ويباشر عليه حق التقدم الدائن المرتهن رهناً رسمياً .

ويجب على الدائن المرتهن الذى يرغب فى المحافظة على حقه أن يبادر ، فور هلاك العقار المرهون أو تلفه ، إلى إخطار المسئول عن هذا الهلاك أو التلف بالامتناع عن أداء التعويض إلى الراهن ، لأن العقار الهالك أو التالف مرهون .

ويجوز للدائن المرتهن أن يبادر إلى حجز ما للمدين لدى الغير ، والغير هنا هو المسئول عن الهلاك أو التلف ، والمدين هو صاحب العقار المرهون .

= أو رهن تأمينى أو غير ذلك من التأمينات العينية ، انتقلت هذه الحقوق إلى التعويض المستحق للمدين بمقتضى عقد التأمين » . ونصت المادة ١١٠٢ / ٢ مدنى على أنه « وتسرى على الرهن الحيازى أحكام المادتين ١٠٤٨ و ١٠٤٩ المتعلقة بهلاك الشىء المرهون رهنا رسمياً أو تلفه ، وبانتقال حق الدائن من الشىء المرهون إلى ما حل محله من حقوق » . ونصت المادة ١١٣٥ مدنى على أنه « يسرى على الامتياز ما يسرى على حق الرهن الرسمى من أحكام متعلقة بهلاك الشىء أو تلفه » .

ومن ثم يلجأ الدائن المرتهن إلى حجز ما لصاحب العقار المرهون وهو المدين ، لدى المسئول عن التلف أو الهلاك وهو الغير ، من تعويض مستحق بسبب التلف أو الهلاك .

٢٤٧ — عوض التأمين : والمفروض هنا أن العقار المرهون كان مؤمناً عليه ، فاحترق مثلا ، فاستحق عوض التأمين .

وقد اتجه جانب من الفقه الفرنسى إلى أن شركة التأمين لا تؤدى عوض التأمين ، بل تحتفظ به لأن الرهن قد شهر بالقيد . وقد يقال هنا إن شهر الرهن لم يشرع لإخطار الناس كافة بوجود الرهن ، بل شرع لصالح من يتعاملون مع الراهن فى العقار المرهون ، فيحكم التزاحم بينهم قاعدة الأسبقية فى الشهر .

واتجه الفقه الغالب فى فرنسا إلى القول بأن على الدائن المرتهن ، إذا ما هلك العقار أو تلف ، أن يبادر إلى إخطار شركة التأمين بوجود رهنه . وإخطار الشركة فى الوقت المناسب يمنعها من دفع عوض التأمين إلى صاحب العقار المرهون ، والتربص به حتى يسوى الخلاف بين الراهن والدائن المرتهن ، أو حتى يستوفى الدائن المرتهن مطلوبه من شركة التأمين .

ولكن المادة ٧٧٠/٢ مدنى مصرى تنص ، كما رأينا ، على أنه « إذا شهرت هذه الحقوق (التأمينات العينية التبعية) أو أعلنت إلى المؤمن ولو بكتاب موصى عليه ، فلا يجوز له أن يدفع ما فى ذمته له إلا برضاء الدائنين » . ومعنى ذلك أنه يكفى شهر حق الدائن المرتهن رهناً رسمياً ، وكل دائن آخر له حق عينى تبعى عقارى ، لوقف شركة التأمين عن دفع ما فى ذمتها لصاحب العقار المرهون ، إلا برضاء الدائن المرتهن رهناً رسمياً أو غيره من الدائنين ذوى الحقوق العينية التبعية العقارية . فيجب إذن الاكتفاء بشهر حق الرهن الرسمى ، وعلى شركة التأمين أن تعرف ذلك من الرجوع إلى دفاتر الشهر ، وهذا هو الرأى الأول .

٢٤٨ – مقابل نزاع الملكية للمنفعة العامة : تكفل القانون ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤ ببيان طرق حماية أصحاب الحقوق العينية التبعية . فنصت المادة ٦ من هذا القانون على ما يأتى : « تعد المصلحة القائمة بإجراءات نزع الملكية كشوفاً من واقع عملية الحصر سالفة الذكر ، تبين فيها العقارات والمنشآت التى تم حصرها ومساحتها ومواقعها وأسماء ملاكها وأصحاب الحقوق فيها ومحال إقامتهم والتعويضات التى تقدر لهم . وتعرض هذه الكشوف ، ومعها خرائط تبين مواقع هذه الممتلكات ، فى المقر الرئيسى للمصلحة ، وفى المكتب التابع لها بعاصمة المديرية أو المحافظة ، وفى مقر العمدة أو مقر البوليس ، لمدة شهر . ويخطر الملاك وأصحاب الشأن بهذا العرض ، بخطاب موصى عليه بعلم الوصول . ويسبق هذا العرض إعلان فى الجريدة الرسمية وفى جريدتين يوميتين واسعتى الانتشار ، يشمل بيان المشروع ، والمواعيد المحددة لعرض الكشوف والخرائط فى الماكن المذكورة » . وتقول المادة ٧ من القانون المذكور إن « لذوى الشأن من الملاك وأصحاب الحقوق ، خلال ثلاثين يوماً من تاريخ انتهاء مدة عرض الكشوف ، الاعتراض على البيانات الواردة فيها . . . . وإذا كان الاعتراض متعلقاً بحق على العين الواردة فى الكشوف المتقدمة الذكر ، وجب أن يرفق بكافة المستندات المؤيدة له ، وتاريخ شهر الحقوق المقدم بشأنها الاعتراض ، وأرقامها » . وتقرر المادة ١١ من القانون المتقدم الذكر أن « على المصلحة القائمة بإجراءات نزع الملكية أن تحقق فى المعارضات التى يقدمها أصحاب الشأن طبقاً لما هو منصوص عليه فى المادة ٧ ، لتقرير دفع التعويض المستحق . ويكون قيام المصلحة بأداء التعويض فى هذه الحالة على مسئوليتها . وإذا قام مانع يحول دون دفع التعويض المستحق ، وجب على المصلحة إخطار ذوى الشأن بكتاب موصى عليه بعلم الوصول ، وبالأسباب التى تحول دون دفع التعويض . وبالشروط الواجب استيفاؤها بمعرفتهم . وتظل المبالغ التى يشملها النزاع بأمانات المصلحة ، لحين استيفاء شروط الدفع » .

ويستفاد مما تقدم أن القانون كفل للدائن المرتهن الوسيلة لمنع الراهن من استيفاء التعويض المستحق له ، بأن مكن الدائن من العلم بأمر نزع الملكية ، وذلك بالإعلان عن الكشف الذى يتضمن بيان العقار وتقدير التعويض . وعلى الدائن ، للمحافظة على حقه ، أن يتقدم بما يثبت وجود هذا الحق ، للجهة الحكومية التى تقوم بنزع الملكية . وعلى الجهة الحكومية المذكورة أن تمتنع عن أداء التعويض للراهن ، وتحتفظ به فى خزانة مخصصة لذلك ، لحساب أصحاب الحقوق المقيدة .

٢٤٩ — ثمن العقار وملحقاته : فحق الدائن المرتهن رهنا رسمياً يمتد إلى ما على محل العقار من ما ل ، كما رأينا .

وهو قبل كل شىء يتركز فى ثمن العقار وملحقاته ، والملحقات تتناول بصفة خاصة حقوق الارتفاق والعقارات بالتخصيص والإنشاءات والتحسينات دون حاجة للنص على ذلك فى عقد الرهن . وإذا أراد الراهن إخراج هذه الملحقات ، وجب الاتفاق على ذلك صراحة[1] .

ويلحق بالعقار المرهون أيضاً ما يغله من ثمار عن المدة التى أعقبت تسجيل تنبيه نزع الملكية ، ويجرى فى توزيع هذه الغلة ما يجرى فى توزيع ثمن العقار .

وقد يعترض حق الدائن ، وهو فى سبيل التنفيذ على العقارات بالتخصيص باعتبارها من ملحقات العقار ، وجود امتياز بائع المنقول الذى كسب صفة العقار باعتباره عقاراً بالتخصيص ، وهو امتياز يضمن الوفاء بثمنه .

٢٥٠ — التزاحم بين حق الدائن المرتهن وحق امتياز بائع المنقول الملحق بالعقار المرهون باعتباره عقارا بالتخصيص : نفرض هنا أن شخصاً اشترى منقولا ولم يدفع ثمنه ، ثم خصص المنقول لخدمة عقار ، فأصبح عقاراً

---

(١) نقض مدنى ١٤ يناير سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ ص ٤٢٠ .

بالتخصيص . ثم رهن العقار رهناً رسمياً ، فأصبح المنقول مثقلا بحقين عينين : حق امتياز بائعه بالثمن باعتبار أن مشترى المنقول لم يدفع ثمنه ، وحق الدائن المرتهن رهناً رسمياً وقد امتد إلى المنقول باعتباره قد أصبح عقاراً بالتخصيص وألحق بالعقار المرهون . فمَن من الدائنين يسبق الآخر ، بائع المنقول بالثمن الذى لم يدفع ، أو المرتهن رهناً رسمياً باعتباره مرتهناً للمنقول على أساس أنه أصبح عقاراً بالتخصيص ؟ .

اتجه جانب من الفقه إلى أن بائع المنقول لا يتأثر امتيازه بحق الدائتين المرتهن ، لأن كسب المنقول لصفة العقار هو مجرد افتراض قانونى لا يصح أن يضر ببائع المنقول ، وليس فى نصوص القانون ما يفيد تفضيل حق الدائن المرتهن عليه[1] .

ويذهب جمهور الشراح إلى تفضيل الدائن المرتهن للعقار على بائع المنقول[2] .

وقد نصت المادة ١١٤٥ مدنى على أن « ما يستحق لبائع المنقول من

---

(١) جوسران ٢ فقرة ١٨٦٠ – ويقول لتدعيم رأيه بأن بائع المنقول ليس له من ضمان عيني سوى المنقول المبيع ، فى حين أن حق الدائن المرتهن رهنا رسميا يكفله العقار الأصلى المرهون ، والعقار بالتخصيص ليس إلا مالا إضافيا – وانظر عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٢٢٩ وفقرة ٦٢٤ ص ٧٥٠ – ص ٧٥٢ : ويقول إن المادة ١١٤٥ / ١ مدنى صريحة فى أن امتياز بائع المنقول يبقى قائما ما دام المبيع محتفظا بذاتيته ، والشيء لا يفقد ذاتيته بمجرد أن يصير عقارا بالتخصيص : فقرة ٦٢٤ ص ٧٥٠ .

(٢) بلانيول وريبير وبيكيه ١٢ فقرة ١٩٣ – بيدان وفواران ١٣ فقرة ٥١٢ – بلانيول وريبير وبولانچيه ٢ فقرة ٣٣٧٣ – كولان وكابيتان ٢ فقرة ١٥٤٧ – أنسيكلوبيدى داللوز ٤ ص ٢٤٨ فقرة ١٥٧ – محمد كامل مرسى فقرة ٤٧٩ – سليمان مرقس فقرة ٣٧٩ ص ٦١٧ – شمس الدين الوكيل فقرة ٩٢ .

وقد جاء فى المادة ٢٠ من قانون الرهن البلجيكى ما يفيد تفضيل حق الدائن المرتهن ، وذلك حماية للائتمان العقارى (رينيه ديكرز : الموجز فى القانون المدنى البلجيكى ١٩٥٥ جزء ٢ فقرة ١٥٢٩ ص ٨٩٢) .

الثمن وملحقاته يكون له امتياز على الشيء المبيع . ويبقى الالتزام قائماً ما دام المبيع محتفظا بذاتيته ، وهذا دون إخلال بالحقوق التى كسبها الغير بحسن نية ، مع مراعاة الأحكام الخاصة بالمواد التجارية » .

فامتياز بائع المنقول يزول إذا اصطدم بحق كسبه الغير بحسن نية ، أى كسبه الغير دون أن يعلم باعتدائه على امتياز بائع المنقول ، وذلك دعماً للائتمان العقارى .

فإذا كان هناك دائن مرتهن رهناً رسمياً حسن النية زاحم شخصاً آخر قيد القانون حقه بألا يصطدم مع حسن نية شخص كسب حقه على نفس المال ، فلا شك فى أن الدائن المرتهن رهناً رسمياً هو الذى يفضل ما دام حسن النية ، أى لا يعلم أنه يعتدى على امتياز البائع .

لذلك تكون الأفضلية فى الفرض الذى نحن بصدده للدائن المرتهن رهناً رسمياً على بائع المنقول ، إلى أن يثبت بائع المنقول أن الدائن المرتهن رهناً رسمياً كان يعلم وقت أن ارتهن أن رهنه يهدر حق بائع المنقول[1] .

ويجب عدم التفريق . فى تخصيص المنقول لخدمة العقار ، بين ما إذا

---

(١) وقد كانت المادة ١٤٤٣ / ٢ من المشروع التمهيدى تنص على ما يأتى : « لا أثر للرهن فى الحقوق التى كسبها الغير ، قبل إبرام الرهن ، على ملحقات العين المرهونة » .

وقالت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « إن الرهن الذى يمتد إلى الملحقات لا يؤثر فى حقوق الغير . فلو اشترى مالك الأرض المرهونة مواشى لم يدفع ثمنها ، وخصصها لخدمة الأرض ، فإن الرهن يشملها ، ولكنه يتأخر عن امتياز بائع المواشى » .

وقد تليت هذه المادة على لجنة المراجعة ، فحذفت هذه الفقرة الثانية ، وقد نصت على عدم الإخلال بامتياز المبالغ المستحقة للمقاولين والمهندسين المعماريين .

فيظهر مما تقدم أن إرادة المشرع انصرفت فى البداية إلى حماية كل من كسب حقا على ملحقات العقار قبل رهنه ، مثل بائع المنقول . ثم عدل عن هذا الاتجاه صراحة ، فعدل الحكم ، ولم يحم إلا امتياز المقاول والمهندس المعمارى بالنسبة إلى المبالغ المستحقة على التحسينات والإنشاءات .

كان هذا التخصيص قد تقرر قبل تقرير الرهن أو فى تاريخ لاحق عليه ، فإن هذا التاريخ لا يمس حسن نية الدائن المرتهن[١] .

٢٥١ – تنفيذ الدائن المرتهن رهنا رسميا على العقار المرهون المملوك للكفيل العينى : وفى كل ما قدمناه ، ينفذ الدائن المرتهن رهناً رسمياً على العقار المرهون المملوك للمدين ، وعلى المال الذى حل محل هذا العقار . بقى أن الدائن المرتهن قد لا ينفذ على عقار المدين أو المال الذى حل محل هذا العقار ، ولكن ينفذ على العقار المرهون المملوك للكفيل العينى ، بفرض أن مالك العقار المرهون هو غير المدين .

وقد نصت المادة ١٠٥٠ مدنى على أنه « إذا كان الراهن شخصاً آخر غير المدين ، فلا يجوز التنفيذ على ماله إلا ما رهن من هذا المال ، ولا يكون حق الدفع بتجريد المدين ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك » .

ويستفاد من هذا النص أن الكفيل العينى تتركز مسئوليته عن الدين المضمون فى حدود العقار المرهون . وإذا شرع الدائن فى إجراءات التنفيذ على العقار المرهون . فلا يحق للكفيل العينى أن يرده عن ذلك بحجة وجوب التنفيذ على أموال المدين أولا ، لأن الدفع بالتجريد غير جائز للكفيل العينى ، بخلاف الكفيل الشخصى غير المتضامن فله أن يدفع بالتجريد بإرشاد الدائن إلى وجود أموال لدى المدين لا بد من البدء بالتنفيذ عليها[٢] .

---

(١) ويلاحظ أن بائع المنقول يستطيع أن يتخلص من هذا التزاحم . فما عليه إلا أن يخطر الدائن المرتهن ، قبل أن يأخذ هذا الدائن حق الرهن ، بأنه لم يستوف الثمن وأن امتيازه لا يزال قائماً . فبمثل هـذا الإجراء ينفى عن الدائن المرتهن حسن النية ، فيتقدم عليه بائع المنقول .

انظر فى هذا الموضوع بيدان وفواران ١٣ فقرة ٥١٢ – حسن كيرة فى الحقوق العينية الأصلية ١ ص ٩٥ – محمد كامل مرسى فقرة ٤٧٩ – سليمان مرقس فقرة ٣٧٩ ص ٦١٧ – شمس الدين الوكيل فقرة ٩٢ .

(٢) وقد نصت المادة ٤٠١ من تقنين المرافعات الجديد على أن « يبدأ التنفيذ بإعلان –

فالواجب إذن اتخاذ إجراءات التنفيذ على العقار المرهون ، ضد الكفيل العينى لا ضد المدين ، واعتبار الكفيل العينى هو المدين فى حدود عقاره المرهون كما هى حقيقة الأمر .

ويلاحظ فى هذا الشأن أن الكفيل العينى ليس له أن يتخذ إجراءات التطهير ، لأنه مدين فى حدود قيمة العقار المرهون . أما الحائز للعقار فيتخذ إجراءات التطهير كما سنرى لأنه غير مدين .

٢٥٢ — من المرتهن يشمل عدة عقارات — مبدأ عدم تجزئة الرهن :

والمفروض هنا أن الدائن المرتهن رهناً رسمياً له رهن رسمى على عدة عقارات ، وعلى هذه العقارات رهون تالية لدائنين آخرين . وقد بيعت هذه العقارات ، ويراد توزيع ثمنها على الدائنين .

ومبدأ عدم تجزئة الرهن يبيح للدائن المرتهن الأول أن يتقدم فى التوزيع فى ثمن عقار منها بكامل حقه المضمون ، ولا يجوز للدائنين الآخرين أن

= التنبيه بنزع ملكية العقار إلى المدين لشخصه أو لموطنه . . . فإذا كان التنفيذ على عقار مرهون من غير المدين ، أعلن التنبيه إلى الراهن بعد تكليف المدين بالوفاء للمادة ٧٨١ » .

وجاء فى المذكرة الإيضاحية : « استحدث المشروع الحكم الوارد فى الفقرة الأخيرة من المادة ١٠٤١ منه لمعالجة حالة التنفيذ على عقار الكفيل العينى التى لم يورد القانون القائم تنظيما لها — ولم ير المشروع الأخذ بما ذهبت إليه بعض التشريعات الأجنبية كالتشريع الإيطالى (م ٦٠٢ — ٦٠٤) من تطبيق قواعد التنفيذ فى مواجهة حائز العقار على حالة الكفيل العينى ، ذلك أن حائز العقار قد انتقلت إليه ملكية العقار من المدين ، أما عقار الكفيل العينى فلم يكن قط مملوكا للمدين ، فمن العبث تسجيل تنبيه نزع الملكية باسم المدين إذ لا علاقة للمدين به ولا يتصور أن يتعامل فيه مع أحد . ومن ناحية أخرى ، فإن حماية الغير تقتضى ألا يكون العقار محجوزاً إلا بإجراء يشهر باسم الكفيل العينى . ذلك أنه لو سجل التنبيه باسم المدين واعتبر العقار بهذا محجوزا ، فإن الغير قد يشترى العقار من الكفيل العينى ، دون أن يكون فى استطاعته أن يعلم بسبق الحجز عليه . لهذا رؤى أن يكون التنفيذ بتنبيه نزع الملكية وتسجيل التنبيه باسم الكفيل العينى . وبهذا التسجيل ، وليس بإجراء قبله أيا كان ، تترتب آثار الحجز . وعلى أنه يجب تكليف المدين قبل هذا بالوفاء ، لأنه هو المسئول شخصيا عن الدين » .

يجبروه على استعمال حقه على عقار دون عقار ، ولا أن يقصر تقدمه فى توزيع على جزء من حقه[1] .

ولكن هذا لا يمنع الدائن المرتهن أن يجزئ من تلقاء نفسه ، وأن يتقدم فى التوزيع ببعض المستحق له إذا كان التوزيع وارد على ثمن بعض العقارات المرهونة ، مع حفظ ما يبقى مما يستحق له بالنسبة إلى ثمن الباقى من العقارات .

فالدائن صاحب الرهن على العقارات المتعددة ، بما فيها العقار الجارى توزيع ثمنه ، يكون له الخيار ، إن شاء تقدم فى التوزيع بكامل حقه ، وإن شاء تقدم ببعض هذا الحق واحتفظ بالباقى على العقارات الأخرى ، وإن شاء نزل عن حقه فى هذا التوزيع واكتفى باستعمال حقه على العقارات الأخرى[2] .

أما إذا كان التوزيع وارداً على ثمن جميع العقارات ، فلا يحول مبدأ عدم تجزئة الرهن دون إجبار الدائن على تقسيم حقه بنسبة العقارات المختلفة ، فيدخل فى قائمة توزيع ثمن كل عقار بجزء من دينه يساوى النسبة بين هذا العقار ومجموع العقارات الأخرى المرهونة له ، إذ أن الدائن سيستوفى حقه كاملا من جملة هذه التوزيعات ، وهو لن يضطر إلى اتخاذ إجراءات متعددة ما دامت الإجراءات قد تمت ولم يبق منها إلا توزيع الثمن ، فلا مصلحة له فى أن يتمسك بحقه كاملا على أحد العقارات دون الباقى[3].

٢٥٣ — إساءة الدائن المرتهن رهناً رسمياً لاستعمال حقه فى التقدم :
وقد رأينا فيما تقدم أن الدائن المرتهن رهناً رسمياً الذى يشمل رهنه عدة

---

(١) استئناف مختلط ١٦ مارس سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢٢٠ .

(٢) استئناف مختلط ١٠ ديسمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ٨٣ — ٢٩ أبريل سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٤٦١ .

(٣) انظر فى ذلك سليمان مرقس فقرة ١٢٦ .

عقارات ، يكون له خيار التنفيذ بكامل حقه على عقار من هذه العقارات أو على بعضها أو عليها جميعاً . وقد يترتب على اختياره إلحاق ضرر ببعض الدائنين الآخرين ، فوجب ألا يتوخى فى اختياره إلحاق ضرر بدائن معين إيثاراً لدائن آخر متأخر فى الترتيب[1] .

على أنه يجب التأنى طويلا قبل القول بأن الدائن قد تعسف فى استعمال حقه ، وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه لا يعتبر مسيئاً لاستعمال حقه الدائن المرتهن الذى يبدأ بالتنفيذ على ما هو باق فى ذمة الراهن من الأموال المرهونة ، ويترك الأموال التى حصل التصرف فيها للتنفيذ عليها فيما بعد فى يد حائزها إذا لم يف التنفيذ الأول بجميع حقوقه[2] .

ومع ذلك يظهر أن الدائن المرتهن رهناً رسمياً قد أساء استعمال حقه إذا كان له رهن بألف جنيه على العقارين (أ) و (ب) وقيمة كل منهما ألف جنيه . وارتهن دائن ثان بعد ذلك العقارين (أ) و (ب) على ألف جنيه وارتهن دائن ثالث العقار (أ) على ألف جنيه وهو فى مرتبة واحدة مع الدائن الثانى . ثم نفذ الدائن الأول بدينه على العقار (أ) وحده ، فاستوفى منه حقه ولم يترك شيئاً للدائن الثالث . واستوفى الدائن الثانى كل حقه من العقار (ب) . فإذا أثبت الدائن الثالث أن الدائن الاول لم تكن له أية مصلحة فى اختيار العقار (أ) بل إنه عمد إلى ذلك بقصد الإضرار بالدائن الثالث لمصلحة الدائن الثانى ، جازت مطالبة الدائن الأول بتعويض هذا

---

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا نزل الدائن المرتهن عن حق الرهن على بعض العقارات المرهونة له وباشر هذا الحق على بعض آخر آلت ملكيته إلى حائز ، فليس للحائز أن يدفع الإجراءات المواجهة ضده بحجة أن الدائن قد أضاع التأمينات الأخرى التى كان يحق للحائز أن يحل فيها محل الدائن المرتهن ، ما لم يثبت أن نزول الدائن عن بعض الرهن كان نتيجة تدليس منه أو حصل بقصد الإضرار بالحائز (استئناف مختلط ١٠ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٠٨) .

(٢) استئناف مختلط ٣١ ديسمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ٥٩ .

الضرر . إذ كان يستطيع الدائن الأول أن ينفذ على العقارات ، فيصل إلى كل حقه ، ويبقى العقار (أ) للدائنين المرتهنين الثانى والثالث وهما فى مرتبة واحدة ، فينال كل منهما من ثمن العقار (أ) ٥٠٠ جنيه[1].

---

(١) وقد كان مشروع التقنين المدنى يتضمن نصا هو نص المادة ١٤٨٠ ، وكانت تجرى على الوجه الآتى : « لا يجوز لدائن له رهن على عدة عقارات أن يتنازل عن رهنه على أحد هذه العقارات ، أو أن يمتنع باختياره عن الدخول فى إجراءات التوزيع الخاصة بهذا العقار ، بقصد إيثار دائن على دائن آخر سابق فى المرتبة ، وإلا حق عليه التعويض . ويسرى هذا الحكم أيضاً إذا كان التنازل أو الامتناع عن الدخول فى إجراءات التوزيع مقصودا به إيثار حائز على دائن له رهن سابق فى القيد ، أو إيثار حائز على حائز آخر سابق فى التسجيل » .

وحتى يكون هذا النص منطبقاً على المثل الذى أوردناه ، ندخل على هذا المثل التعديل الآتى : نفرض أن الدائن الثالث هو الدائن الثانى ، وقد أخذ رهنا على العقار (ا) فقط كان فيه هو الدائن الثانى ، فى حين أن الدائن الثالث الذى بعده أخذ رهنا على العقار (ا) ورهنا على العقار (ب) . حينئذ يكون الدائن الثانى سابقا على الدائن الثالث فى العقار (ا) . فيأتى الدائن المرتهن الأول ويستوفى حقه من العقار (ا) وحده ، فيأخذه كله ، ولا يبقى شيئاً للدائنين الثانى والثالث . فحينئذ لا يستطيع الدائن الثانى ، وهو أسبق من الدائن الثالث على العقار (ا) أن يأخذ شيئاً ، لأنه لم يكن مرتهنا إلا العقار (ا) . ويأتى الدائن الثالث ، وهو متأخر فى الترتيب عن الدائن الثانى فى العقار ، (ا) فيجد العقار (ب) الذى ارتهنه ، وقد أصبح فيه الدائن الأول بعد أن استوفى الدائن الأول كل حقه من العقار (ا) ، فيستوفى منه كل حقه . وبذلك يستوفى الدائنان الأول والثالث كل منهما حقه ، ويضيع الدائن الثانى فلا يأخذ شيئا مع أنه أسبق فى الترتيب على العقار (ا) من الدائن الثالث . فلو استوفى الدائن الأول كل حقه من العقار (ب) بدلا من العقار (ا) ، لترك العقار (ا) للدائنين الثانى والثالث ، فيتقدم الثانى على الثالث ويستوفى كل حقه ، ولا يأخذ الدائن الثالث شيئاً . وكان هنا طبيعياً ، وأكثر اتفاقا مع موقف الدائنين الثلاثة . ولكن لما اختار الدائن الأول العقار (ا) ليأخذ منه كل حقه دون سبب ظاهر ، أضاع الدائن الثانى ، فيعتبر اختيار الدائن الأول للعقار (ا) دون العقار (ب) من غير سبب ظاهر ، تعسفا من الدائن الأول فى استعمال حقه .

ولكن لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ حذفت المادة ١٤٨٠ ، اكتفاء بالقواعد العامة . ويمكن تطبيق القواعد العامة ، بما فى ذلك قاعدة التعسف فى استعمال الحق ، للوصول إلى هذه النتيجة (انظر فى ذلك سليمان مرقس فقرة ١٢٧ ص ٢٠١) .

وقد نصت المادة ١٤٨١ من المشروع التمهيدى على ما يأتى : « ١ — إذا كان الدائن المرتهن لم يتمكن من استيفاء حقه من ثمن العقار المرهون ، بسبب أن هذا الثمن قد دفع لدائن —

§ ٣ - نزول الدائن المرتهن عن مرتبة رهنه لدائن مرتهن آخر

٢٥٤ – نص قانوني: تنص المادة ١٠٥٩ مدنى على ما يأتى :

« للدائن المرتهن أن ينزل عن مرتبة رهنه ، فى حدود الدين المضمون بهذا الرهن ، لمصلحة دائن آخر له رهن مقيد على نفس العقار . ويجوز التمسك قبل هذا الدائن الآخر بجميع أوجه الدفع التى يجوز التمسك بها قبل الدائن الأول ، عدا ما كان منها متعلقاً بانقضاء حق هذا الدائن الأول إذا كان هذا الانقضاء لاحقاً للتنازل عن المرتبة »[1].

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ، فى خصوص هذا النص ، ما يأتى : « أجاز هذا النص نزول الدائن المرتهن ، عن الرهن ذاته كما فى الحلول الشخصى ، بل عن مرتبة الرهن إلى دائن آخر تال فى المرتبة ، فيصبح كل منهما فى مرتبة الآخر ، وذلك بقيدين : (١) أن الدائن الذى يحل فى المرتبة لا يحل فى حق أكبر من الحق الذى كانت له

= مرتهن يسبق فى المرتبة ، ولكن رهنه يشمل عقارات أخرى ، فإن الدائن الذى لم يتمكن من استيفاء حقه يحل فى الرهن على هذه العقارات الأخرى محل الدائن الذى دفع له الثمن . وعليه أن يؤشر بهذا الحلول ليتمكن من مباشرة دعوى الرهن ، متقدما بمرتبة رهنه الأول على الدائنين نفس الحق إذا هم لم يستطيعوا أيضاً استيفاء حقوقهم بسبب هذا الحلول . ٢ - ومع ذلك لا يجوز استعمال حق الحلول على عقار تصرف فيه المدين فى تاريخ سابق على قيد رهن الدائن الذى لم يتمكن من استيفاء حقه ، أو على عقار رهنه شخص آخر غير المدين » . غير أن لجنة مجلس الشيوخ حذفت هذه المادة « لتفادى الصعوبات العملية التى تعرض فى تطبيق أحكامها ، وترك الأمر للقواعد العامة » . ووافق مجلس الشيوخ على ذلك (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٨٦ - ص ٨٩ فى الهامش) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٤٨٢ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه مجلس النواب تحت رقم ١١٤٧ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٥٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٩٠ - ص ٩٢) .

التقنين المدنى السابق : لا مقابل .

هذه المرتبة وهذا بديهي . (٢) أن تقبل ضد الدائن الذى حل فى المرتبة كل الدفوع التى كانت تقبل ضد الدائن الذى كانت له هذه المرتبة ، إلا إذا كان الدفع متعلقاً بانقضاء حق هذا الدائن فى تاريخ لاحق للنزول عن المرتبة . وهذا أيضاً ظاهر »[1] .

ونبحث هنا : (١) الفرق بين النزول عن الرهن والنزول عن مرتبته . (٢) لماذا ينزل الدائن المرتهن عن مرتبة رهنه . (٣) شروط النزول عن مرتبة الرهن .

٢٥٥ — الفرق بين النزول عن الرهن والنزول عن مرتبته : هناك فرق بين النزول عن الرهن ذاته والنزول عن مرتبته فقط .

والنزول عن الرهن ذاته هو الغالب فى العمل . وينزل الدائن المرتهن رهناً رسمياً عن الرهن ذاته عادة عن طريق حوالة الحق المضمون بالرهن . فيترتب على حوالة هذا الحق أن ينتقل الحق إلى المحال له ، وينتقل معه الرهن ذاته الذى يضمن هذا الحق ، فيستفيد المحال له من الرهن بمرتبته (م ٣٠٧ مدنى) .

كذلك يجوز النزول عن الرهن ذاته عن طريق الوفاء مع الحلول ، فيحل الموفى محل الدائن المرتهن رهناً رسمياً فيما له من رهن بنفس المرتبة .

وحتى يستفيد المحال له أو الموفى من مرتبة الرهن ، يجب أن يؤشر بالحوالة أو الحلول على هامش القيد الأصلى للرهن . وقد نصت المادة ٢/١٠٥٣ مدنى ، فى هذا الصدد ، على ما يأتى : « لا يصح التمسك قبل الغير بتحويل حق مضمون بقيد ، ولا التمسك بالحق الناشئ من حلول شخص محل الدائن فى هذا الحق بحكم القانون أو بالاتفاق ، ولا التمسك كذلك بالتنازل عن مرتبة الرهن لمصلحة دائن آخر ، إلا إذا حصل التأشير بذلك فى هامش القيد الأصلى » .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٩١ .

أما النزول عن مرتبة الرهن ، فهو دون ذلك . ذلك أن الدائن المرتهن رهناً رسمياً لا ينزل عن الرهن ذاته ، بل ينزل عن مرتبته فقط . فإذا كان هو الدائن الأول ، ونزل عن مرتبة الرهن إلى الدائن المرتهن الثالث ، لم يحرم الدائن الأول من حق رهنه ، ولكنه يصبح الدائن الثالث بعد أن كان الدائن الأول ، ويصبح الدائن الثالث هو الدائن الأول .

ويصح النزول عن المرتبة ، لا فى الرهن الرسمى فحسب ، بل فى حق الاختصاص وفى حق الرهن الحيازى وفى حقوق الامتياز ، كما يشعر به نص المادة ٢/١٠٥٣ إذ تقول فى آخرها « التنازل عن مرتبة الرهن لمصلحة دائن آخر ، وتقول فى أولها « حق مضمون يتبين »[1].

٢٥٦ – لماذا ينزل الدائن المرتهن عن مرتبة رهنه : والدائن المرتهن رهناً رسمياً لاينزل عادة عن مرتبة رهنه ، إلا إذا كان هناك سبب يدعوه للنزول عن هذه المرتبة والاكتفاء بمرتبة أقل .

(١) فهو لا ينزل عن مرتبته على سبيل التبرع ، دون أن يتقاضى عوضاً . ويتحقق ذلك فى حالتين على الأقل : الحالة الأولى ، إذا كان له تأمين آخر غير العقار المرهون يعتمد عليه ، ويفى بحقه . فهو فى هذه الحالة لا تعنيه مرتبة حقه على العقار المرهون ، بل ولا يعنيه الرهن الذى له على العقار المرهون ، إذ هو يعتمد على التأمين الآخر الذى يفى بحقه كاملا . والحالة الثانية . إذا كان واثقاً بأن العقار المرهون يفى بجميع الديون المقيدة لغاية الرهن الذى نزل الدائن المرتهن إلى مرتبته ، ويكون هذا الوثوق غير كامل عند الدائن المتنازل لمصلحته ولذلك يعمد هذا الدائن إلى الحصول على مرتبه أعلى .

(٢) وقد ينزل الدائن المرتهن رهناً رسمياً عن مرتبته معاوضة ،

---

(١) انظر عبد الفتاح عبد الباقى ص ٤٨٣ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٢٦ ص ١٦٧ – منصور مصطفى منصور فقرة ٥٩ ص ١٢٣ .

فيتقاضى من الدائن المتنازل لمصلحته نظيراً لهذا التنازل . وقد يكون الدافع للدائن المتنازل وثوقه من كفاية العقار المرهون لجميع الديون المرتبة عليه . وقد يكون الدافع إمكان الدائن المتنازل الطعن فى الديون التى تتخلل دينه ودين المتنازل له وإسقاطها جميعاً ، فإذا هو فعل لم يكد يخسر شيئاً بتنازله . وقد يكون الدافع له على التنازل كونه معتمداً على تأمين آخر ، كرهن آخر مقرر له على عقار ويفى بكل مطلوبه .

٢٥٧ — شروط النزول عن مرتبة الرهن : وهناك شرطان للنزول عن مرتبة الرهن ، ذكرتهما المادة ١٠٤٩ مدنى ، وهما :

(١) النزول عن مرتبة حق الرهن يكون فى حدود حق المتنازل .

(٢) جواز التمسك ضد المتنازل له بالدفوع التى كان يمكن التمسك بها ضد المتنازل ، إلا الدفع بانقضاء حق المتنازل لسبب لاحق للنزول عن مرتبة الرهن .

وهناك شرط ثالث يستخلص من نظرية التعسف فى استعمال الحق ، وهو :

(٣) ألا يضر النزول عن مرتبة الرهن ضرراً غير مشروع بحق الدائن المتوسط .

ومتى نزل الدائن المرتهن عن مرتبته نزولا قانونياً متوافرة فيه الشروط الثلاثة ، أصبح الدائن المتنازل له فى مرتبة الدائن المتنازل ، فى حدود حق الدائن المتنازل . وأصبح الدائن المتنازل فى مرتبة الدائن المتنازل له ، ويجرى توزيع ثمن العقار على هذا الوجه .

ونقول الآن كلمة عن كل من هذه الشروط الثلاثة .

٢٥٨ — النزول عن مرتبة يكون فى حدود حق المتنازل : تقول المادة ١٠٥٩ مدنى كما رأينا :

« للدائن المرتهن أن ينزل عن مرتبة رهنه فى حدود الدين المضمون بهذا الرهن ... » . ويفترض هذا النص أن هناك فرقاً بين دين المتنازل ودين المتنازل له . فإذا كان الدين الأول أكبر من الدين الثانى ، ارتفع الدائن المتنازل له بكل دينه ، وهو أصغر من دين المتنازل ، إلى مرتبة الدائن المتنازل . أما إذا كان دين المتنازل هو أصغر من دين المتنازل له ، فحينئذ لا يرتفع المتنازل له إلى مرتبة المتنازل إلا فى حدود دين المتنازل .

ونفرض أن دين المتنازل ٥٠٠ جنيه ، وأن دين المتنازل له ١٢٠٠ جنيهاً ، فإن المتنازل له لا يرتفع إلى المرتبة الأولى التى هى مرتبة المتنازل إلا فى حدود ٥٠٠ جنيه . فيكون للمتنازل دينان ، أحدهما مقداره ٥٠٠ جنيه فى المرتبة الأولى ، والآخر مقداره ٧٠٠ جنيه فى مرتبته الأصلية ولا يرتفع .

وغنى لمن البيان أنه لو كان دين المتنازل مساوياً لدين المتنازل له ، لم توجد صعوبة فى المسألة ، وارتفع المتنازل له بجميع دينه إلى مرتبة المتنازل .

٢٥٩ — جواز التمسك ضد المتنازل له بالدفوع التى كان يمكن التمسك بها ضد المتنازل : وغنى عن البيان أنه إذا ارتفع المتنازل له إلى مرتبة المتنازل فى حدود دين المتنازل ، فإن المتنازل له يقبل ضده من الدفوع ، فيما ارتفع به ، ما كان يقبل ضد المتنازل ، لأن المتنازل إنما تنازل مخضعاً تنازله لجميع الدفوع التى كانت تقبل ضده .

فإذا تقدم المتنازل له بمبلغ ٥٠٠ جنيه مثلا هى الدين الذى حصل على التنازل عن مرتبته ، جاز للدائن التالى له فى القيد أن يدفع هذا الدين بجميع الدفوع التى كان يستطيع بها دفع الدين وهو لا يزال فى ذمة المتنازل ، وذلك إلى وقت حصول التنازل .

فيجوز لهذا الدائن التالى فى المرتبة أن يدفع هذا الدين المتنازل عن مرتبته بأنه دين باطل لعدم مشروعية السبب أو لانعدام الرضاء . أو بأنه دين قابل للإبطال لنقص فى الأهلية أو لعيب فى الرضاء . وقد أبطله ناقص الأهلية أو حق شابه رضاءه عيب . ويجوز الدفع بانقضاء الدين للوفاء به ، أو لتجديده ، أو للمقاصة ، أو للإبراء ، أو للتقادم ، أو لغير ذلك من أسباب انقضاء الالتزام[1] .

وهناك دفع واحد لا يدفع به ضد المتنازل له ، وهو أن يكون الدين قد انقضى بسبب لاحق للنزول عن مرتبة الرهن . فقد يقع أن يكون الدين قد انتهى بالمقاصة أو بالإبراء ، وقد وقع أى منهما قبل النزول عن مرتبة الرهن ، فيجوز التمسك بهذا الدفع . أما إذا كان قد وقع بعد النزول عن مرتبة الرهن ، أى فى فترة لا يملك فيها التنازل لا المقاصة ولا الإبراء ، فلا يجوز دفع الدين وقد أصبح الآن للمتنازل له لا للمتنازل .

٢٦٠ — عدم أضرار النزول عن مرتبة الرهن ضررا غير مشروع بالدائن المتوسط : وهنا نفرض أن الدائن الأول بألف جنيه له رهن أول على كل من العقارين (أ) و (ب) ، وقيمة كل منهما ألف جنيه . وأن الدائن الثانى ، وهو دائن بألف جنيه ، له رهنان فى المرتبة الثانية على كل من العقارين (أ) و (ب) . وأن الدائن الثالث ، وهو دائن أيضاً بألف جنيه ، له رهن واحد ، هو الرهن الثالث على العقار (أ) .

---

(١) ويجوز الدفع بأن الرهن هو الباطل مع صحة الدين ، أو بأن الرهن قابل للإبطال وقد أبطل ، أو بأن الرهن قد انقضى بالنزول عنه أو بغير ذلك من أسباب الانقضاء ، دون أن ينقضى الدين .

ويجوز الدفع بأن القيد باطل ، أو بأنه قد زال لأى سبب من أسباب الزوال .

وكل دفع كان يصلح ضد المتنازل يصلح ضد المتنازل له ، لأن الدين واحد وقد انتقل بمرتبته العليا إلى المتنازل له .

ظاهر من هذا المثل أن كلا من الدائن الأول والدائن الثانى يستطيع أن يستوفى حقه كاملا ، وأنهما لا يتركان شيئاً للدائن الثالث .

فلو أن الدائن الأول احتال متواطئاً فى ذلك مع الدائن الثالث الذى لا يأخذ شيئاً كما رأينا ، فإنه يستطيع أن يفعل ما يأتى : ينزل فى العقار (أ) عن مرتبة رهنه الأول إلى الدائن الثالث . فيصبح الدائن الثالث دائناً أولا فى العقار (أ) .

ثم يجرى التوزيع فى ثمن العقارين ، وقد بلغ ألفى جنيه .

فيأخذ الدائن الثالث ، وقد أصبح دائناً أولا فى العقار (أ) كل قيمة هذا العقار وهى ألف جنيه ، فيستوفى حقه كاملا .

ويأخذ الدائن الأول حقه كاملا من قيمة العقار (ب) فيستنفد هذه القيمة . والدائن الأول هو دائن أول بالنسبة إلى العقار (ب) .

أما الدائن الثانى فلا يبقى له شىء . فلا يأخذ شيئاً .

هنا ظاهر أن الدائن الأول قد تعسف فى استعمال حقه . ولو لم ينزل عن مرتبة رهنه على العقار (أ) للدائن الثالث ، لأخذ حقه كاملا من العقار (أ) أو من العقار (ب) . ولاخذ الدائن الثانى حقه كاملا مما يبقى له من العقارين (أ) أو (ب) ، ولما أخذ الدائن الثالث شيئاً .

فيجوز للدائن الثانى أن يطعن فى تنازل الدائن الأول عن مرتبة رهنه على العقار (أ) للدائن الثالث ، لأن هذا التنازل قد وقع من الدائن الأول تعسفاً فى استعماله حقه ، للإضرار بحق الدائن الثانى[١] . فيلغى تنازل الدائن الأول عن مرتبة رهنه على العقار (أ) للدائن الثالث ، ويتقاسم الدائنون الثلاثة بعد هذا الإلغاء على الوجه الآتى : يأخذ الدائن الأول كل حقه من العقار (أ) أو من العقار (ب) . ثم يأخذ الدائن الثانى حقه كاملا من العقار

(١) قرب پلانيول وريبير وبولانچيه ٢ فقرة ٤٠١٠ .

الذى يبقى له ، (أ) أو (ب) . ولا يأخذ الدائن الثالث شيئاً[1] .

ويجب لنفاذ النزول عن مرتبة الرهن ، التأشير به فى هامش القيد الأصلى (م ١٠٥٣/٢ مدنى) ، إلا إذا تم هذا النزول بعد البيع وإيداع الثمن[2] .

المطلب الثانى

حق التتبع

٢٦١ – نص قانونى : تنص المادة ١٠٦٠ على ما يأتى :

« ١ – يجوز للدائن المرتهن ، عند حلول أجل الدين ، أن ينزع ملكية العقار المرهون فى يد الحائز لهذا العقار ، إلا إذا اختار الحائز أن يقضى الدين ، أو يطهر العقار من الرهن ، أو يتخلى عنه » .

« ٢ – ويعتبر حائزاً للعقار المرهون كل من انتقلت إليه ، بأى سبب من الأسباب ، ملكية هذا العقار ، أو أى حق عينى آخر عليه قابل للرهن ، دون أن يكون مسئولا مسئولية شخصية عن الدين المضمون بالرهن »[3]

---

(١) سليمان مرقس فقرة ١٢٥ ص ١٩٧ – وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا كان النزول عن مرتبة الرهن باطلا لأى سبب متعلق بالشكل أو بالموضوع ، فلا يجوز أن يترتب على ذلك استبعاد الدينين من التوزيع ، بل يعتبر النزول كأن لم يكن ، وحساب كل من الدينين وفق ترتيبه الأصلى (استئناف مختلط أول فبراير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٢٠٦) .

(٢) سليمان مرقس فقرة ١٢٥ ص ١٩٧ .

(٣) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٤٨٣ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة ، تحت رقم ١١٦٢ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١٤٨ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٦٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٩٣ – ص ٩٥) .

التقنين المدنى السابق م ٥٧٤ / ٦٩٧ فقرة ثانية : ومع ذلك إذا كان العقار فى يد حائز آخر ، لا يجوز للدائن المرتهن أن يشرع فى نزع ملكيته إلا بعد التنبيه على الحائز المذكور تنبيها رسميا بدفع الدين أو بتخلية العقار ، وبعد مضى الثلاثين يوما المقررة فى قانون المرافعات للتنبيه بالوفاء والإنذار بنزع الملكية .

–

وجاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « ١ ــ إذا انتقلت ملكية العقار المرهون (أو أى حق عينى على العقار قابل للرهن) إلى شخص غير الراهن ، بأى سبب من أسباب كسب الملكية ، ولو كان من طريق التقادم ، وكان هــذا الشخص غير مسئول شخصياً عن الدين ، فإنه يسمى الحائز للعقار . ويتلقى العقار مثقلا بالرهن . وللدائن المرتهن حق تتبع العقار وهو فى ملكيته . ويستطيع أن ينفذ عليه ، فيتحمل الحائز إجراءات نزع الملكية ، إلا إذا اختار أن يدفع الدين ، أو أن يطهر العقار من الرهن ، أو أن يتخلى عن العقار المرهون . ٢ ــ ويلاحظ أن الوارث فى القانون الفرنسى ، وهو مسئول شخصياً عن دين المورث ، لا يكون حائزاً للعقار المرهون . أما الوارث فى الشريعة الإسلامية فلا يعتبر هو أيضاً حائزاً للعقار المرهون ، ولكن لسبب آخر . فهو وإن لم يكن مسئولا شخصياً عن دين المورث ، إلا أن المبدأ القاضى بألا تركة إلا بعد سداد الدين من شأنه ألا يجعل ملكية العقار تنتقل إليه من المورث إلا بعد سداد الدين المضمون بالرهن أى بعد زوال الرهن ، فلا محل إذن لأن يكون حائزاً لعقار مرهون . وإذا صفيت التركة وفقاً للإجراءات التى نظمها المشروع ، ووقع فى نصيب الوارث عقار مرهون وتحمل ما عليه من الدين طبقاً للقواعد التى سبق ذكرها فى تقسيم الديون المؤجلة على الورثة ، فإن الوارث يكون فى هذه الحالة مسئولا شخصياً عن الدين ، فلا يجوز اعتباره حائزاً للعقار المرهون . » أما الوصى له والشفيع ومن ملك بالتقادم ، فإن هؤلاء جميعاً يعتبرون حائزين للعقار ، لهم حق الخيار المتقدم »[1].

ونبدأ أولا ببيان الشروط الواجب توافرها فى الحائز للعقار المرهون .

ــ م ٥٧٠ / ٦٩٨ : وللحائز المذكور الخيار فى أن يدفع الدين ويحل محل الدائن فى حقوقه ، أو أن يعرض لوفاء الديون مبلغاً يقدر به قيمة العقار ولا يجوز أن يكون أقل من الباقى فى ذمته من ثمنه ، أو يخلى العقار المرهون ، أو يتحمل الإجراءات الرسمية المتعلقة بنزع الملكية .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٩٤ ــ ص ٩٥ .

٢٦٢ – شروط الحائز للعقار المرهون : هذه الشروط هى ، كما يتبين من نص المادة ١٠٦٠/٢ الذى سبق ذكره :

(١) انتقال ملكية العقار المرهون (أو أى حق عينى قابل للرهن) إلى الحائز (tiers-détenteur) . فلا يعتبر مستأجر العقار حائزاً ، لأنه لم تنتقل إليه ملكية . ولم تنتقل ملكية العقار أيضاً إلى واضع اليد إذا لم يكن كسب الملكية بالتقادم ، ولذلك لا يعتبر واضع اليد حائزاً . والدائن لا يتتبع العقار فى هاتين الحالتين ، وإنما ينفذ على العقار فى يد مالكه وهو الراهن . وإذا تصرف الراهن فى عقارات بالتخصيص مرهونة تبعاً للعقار المرهون ، فالتصرف يرد إلى هذه العقارات بالتخصيص طبيعتها المنقولة ، وينفك عنها الرهن .

وإذا كان للعقار المرهون دائن مرتهن آخر ، فلا يتبع الدائن المرتهن الأول العقار المرهون فى مواجهة الدائن المرتهن الثانى ، بل فى مواجهة الراهن ، ويتحكم فى التزاحم ما بين الدائن المرتهن الأول والدائن المرتهن الثانى الأسبقية فى القيد .

(٢) انتقال ملكية العقار المرهون بعد قيد الرهن وقبل تسجيل تنبيه نزع الملكية . فإذا سجل الحائز حقه قبل قيد الرهن ، لم يكن الرهن سارياً فى مواجهته ، فلا يستطيع الدائن المرتهن تتبع العقار فى هذه الحالة فى مواجهة الحائز . وإذا سجل الحائز حقه بعد تسجيل تنبيه نزع الملكية ، لم ينفذ التصرف للحائز ، واستطاع الدائن المرتهن أن ينفذ على العقار المرهون وهو لا يزال فى ملكية الراهن[1] .

(٣) تسجيل سند الحائز ، إذا كان قد تلقى ملكية العقار المرهون بتصرف قانونى . فإذا انتقلت ملكية العقار المرهون إلى الحائز بسبب قانونى

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن إنذار الحائز يكون واجبا فى صورة ما إذا كان لهذا الحائز وجود ، فى ذلك الظرف الزمنى الذى ينبه فيه الدائن المرتهن على مدينه بالوفاء وينذره بنزع الملكية (نقض مدنى ١٩ ديسمبر سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ ص ٩٨٨) .

غير قابل للتسجيل ، فلا يتصور التسجيل فى هذه الحالة . وعلى ذلك إذا انتقلت ملكية العقار المرهون إلى الحائز بالتقادم ، كان حائزاً ، ولا يجب عليه التسجيل . ويقع التسجيل غالباً إذا انتقلت ملكية العقار المرهون إلى الحائز بعقد بيع . عند ذلك يجب على الحائز تسجيل البيع . ولما كان قيد الرهن سابقاً على تسجيل البيع ، فإن الدائن المرتهن يستطيع تتبع العقار وهو فى يد الحائز .

(٤) عدم توافر صفة المديونية فى الحائز ، فلا يكون مسئولا مسئولية شخصية عن الدين . وعلى ذلك لا يعتبر حائزاً المدين المتضامن أو غير المتضامن ، ولا الكفيل الشخصى ، ولا الكفيل العينى . ولا يجوز لهؤلاء تطهير العقار ، وإنما أجيز للكفيل العينى التخلية لأنه غير مسئول عن الدين إلا فى حدود العقار المرهون فيمكنه أن يتخلى عنه .

ولا يعتبر الوارث للراهن حائزاً للعقار المرهون . أما فى القانون الفرنسى فظاهر ، لأن الوارث يرث الدين عن المدين ، فيصبح مسئولا عنه . وأما فى القانون المصرى أو الشريعة الإسلامية ، فلا تركة إلا بعد سداد الديون ، فالوارث لا يرث العقار المرهون إلا بعد أن ينحل الرهن ، وعلى ذلك لا يملك وارث بالميراث عقاراً مرهوناً حتى يكون حائزاً[1].

(٥) عدم ترتب زوال سلطة التتبع على سند الحائز . فاذا انتقلت الملكية إلى شخص مطهرة من كل رهن ، لم يكن هذا الشخص حائزاً لأن الرهن قد زال . مثل ذلك إذا نزعت ملكية العقار المرهون للمنفعة العامة ، فلا يجوز للدائن المرتهن أن يتتبع العقار تحت يد الجهة الحكومية نازعة الملكية ، وإنما ينصب حقه على التعويض المستحق . وإذا بيع العقار المرهون بيعاً جبرياً ، فإن تسجيل حكم مرسى المزاد يترتب عليه تطهير العقار ، وينصب حق الدائن المرتهن على الثمن الذى رسا به المزاد[2] .

---

(١) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى آنفاً فقرة ٢٦١ .

(٢) انظر كذلك المادة ٧ من قانون الإصلاح الزراعى : « إذا كانت الأرض التى —

٣٦٣ – مباشرة التنفيذ فى مواجهة الحائز للعقار المرهون : وإذا توافر فى الشخص صفة الحائز طبقاً للشروط المتقدم ذكرها ، فقد نصت المادة ١٠٧٢ مدنى على أنه « إذا لم يختر الحائز سداد بعض الديون المقيدة أو يطهر العقار من الرهن أو يتخلى عن هذا العقار ، فلا يجوز للدائن المرتهن أن يتخذ فى مواجهته إجراءات نزع الملكية وفقاً لأحكام قانون المرافعات إلا بعد إنذاره بدفع الدين المستحق أو تخليه العقار ، ويكون الإنذار بعد التنبيه على المدين بنزع الملكية أو مع هذا التنبيه فى وقت واحد »[١].

ويستخلص من ذلك أن الدائن يجب عليه اتخاذ إجراءين :

(١) التنبيه على المدين بالدفع ، ويكون ذلك بالتنبيه بنزع ملكية العقار . والمدين هو المسئول الأصلى عن الدين ، ومن الواجب إخطاره بالشروع فى التنفيذ ، فقد يكون عنده دفوع توقف السير فيه .

= استولت عليها الحكومة مثقلة بحق رهن أو اختصاص أو امتياز ، استنزل من قيمة المستحق لصاحب الأرض ما يعادل كامل الدين المضمون بهذا الحق . وللحكومة ، إذا لم تحل محل الدين أن تستبدل بها سندات عليها بفائدة تعادل فائدة الدين ، على أن تستهلك هذه السندات فى مدة لا تزيد عن ثلاثين سنة . . . » .

والقانون رقم ٥٩٨ لسنة ١٩٥٣ بشأن أموال أسرة محمد على المصادرة لم ينقل إلى الدولة ملكية العقارات مطهرة من الرهون المقررة عليها ، وعلى ذلك يجوز للدائنين أن ينفذوا عليها فى مواجهة لجنة تصفية الأموال المصادرة .

(١) ونصت المادة ٤١١ من تقنين المرافعات الجديد على أنه « إذا كان العقار مثقلا بتأمين عينى وآل إلى حائز بعقد مسجل قبل تسجيل التنبيه ، وجب إنذاره بدفع الدين أو تخلية العقار ، وإلا جرى التنفيذ فى مواجهته . ويجب أن يكون الإنذار مصحوبا بتبليغ التنبيه إليه ، وإلا كان باطلا . ويترتب على إعلان الإنذار فى حق الحائز ، جميع الأحكام المنصوص عليها فى المواد من ٤٠٦ إلى ٤١٠ » .

ونصت المادة ٤١٢ من تقنين المرافعات الجديد أيضا على أنه « يجب أن يسجل الإنذار ، وأن يؤشر بتسجيله على هامش تسجيل التنبيه خلال خمسة عشر يوما من تاريخ تسجيل التنبيه ، وإلا سقط تسجيل التنبيه » .

(٢) إنذار الحائز، وهو إنذار رسمى بالدفع أو التخلية . وليس لإنذار الحائز ميعاد فى القانون ، فيجوز الإنذار بعد التنبيه أو مع التنبيه . ولكن لا يجوز تقديم الإنذار على التنبيه . ويكون الإنذار بدفع الدين أو تخلية العقار المرهون ، ويجب أن يكون مصحوباً بتبليغ التنبيه إلى الحائز وإلا كان باطلا . والمراد بذلك هو إعلان الحائز بصورة مطابقة لأصل التنبيه ، وبذلك يستطيع الحائز أن يتحقق من أن المدين قد أعلن فعلا ، وأن يعرف كل ما تعنيه معرفته ليتيسر له اتخاذ موقف فى ضوء هذه المعلومات[1] .

٢٦٤ — ماذا يفعل الحائز — سريان الرهن فى مواجهة الحائز : قد يتمسك الحائز بأن إجراءات القيد لم تستكمل إلا فى تاريخ لاحق على تسجيل التصرف الصادر إليه ، أو أن الرهن سقطت عنه مرتبته لعدم تجديد القيد ، أو أن القيد قد زال أثره بالمحو . فإذا تمسك الحائز بمثل هذه الدفوع ، ترتب على نجاحه فى ذلك حرمان الدائن المرتهن من مباشرة حق التتبع .

٢٦٥ — وجود الدين وسلامته : وإذا ثبت الدين بحكم صدر على المدين قبل تسجيل سند الحائز ، كان لهذا الحكم حجية الأمر المقضى فى مواجهة حائز العقار . فالحائز هو خلف خاص للمدين ، فتسرى على الحائز جميع الأحكام التى فصلت فى التزامات بالعقار المرهون . ويجوز للحائز أن

---

(١) وقد أوجبت المادة ٤١٢ من تقنين المرافعات الجديد تسجيل الإنذار ، والتأشير بالتسجيل على هامش تسجيل التنبيه ، وإلا سقط تسجيل التنبيه . وليس المقصود من تسجيل الإنذار توقيع الحجز على اسم الحائز ، فإن حجز العقار يتم بتسجيل التنبيه ، ولكن المقصود به هو استيفاء إجراءات الشهر العقارى ، حتى يتيسر لمن يتعامل مع الحائز أن يكون على بينة من أمر الإنذار .

ويلاحظ أن وقف الراهن بعد أن ارتهنه الدائن ، يبيح لهذا الدائن تتبع العقار وهو موقوف . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن للدائن المرتهن حق تتبع العقار ، ولو وقف الراهن العقار بعد أن ارتهنه الدائن (استئناف مختلط ٩ مارس سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٩٥) .

يتمسك بالدفوع التى تستجد أسبابها بعد صدور الحكم ، كانقضاء الدين بالتقادم أو بالمقاصة .

وإذا ثبت الدين بحكم صدر على المدين بعد تسجيل سند الحائز ، لم يكن الحكم حجة على الحائز ما لم يشترك فى الدعوى . ولا بد من اختصام الحائز مع المدين . فإذا لم يختصم فى الدعوى . جاز له أن يتمسك بجميع الدفوع التى كان فى وسع المدين أن يحتج بها . وإذا اختصم صار طرفا فى الدعوى . فيمتنع عليه الاحتجاج بأى دفع كان يجوز التمسك به قبل صدور الحكم .

فإن أخفقت كل هذه المحاولات ، انتقل الحائز إلى جميع الوسائل القانونية التى يحق له أن يختار إحداها لاتخاذ موقف فى مواجهة الدائن .

٢٦٦ — الوسائل القانونية المعطاة للحائز : قد يكون الحائز حريصاً على الاحتفاظ بملكية العقار المرهون ، وفى هذه الحالة إما أن يقضى الديون المستحقة للدائنين المزودين بتأمينات خاصة على العقار المرهون ، أو يلجأ إلى تطهير العقار مما عليه من الديون المقيدة بشرط أن يفعل ذلك قبل أن يتخذ الدائن إجراءات التنفيذ على العقار بالتنبيه على المدين وإنذار الحائز .

وقد يكون الحائز زاهداً فى الإبقاء على ملكية العقار ، وعندئذ يستمر الدائن المرتهن فى مباشرة إجراءات التنفيذ على العقار المرهون ، فإذا حرص الحائز على عدم ظهور اسمه فى الإجراءات فعليه أن يلجأ إلى وسيلة تخلية العقار .

وعلى ذلك يستطيع الحائز أن يلجأ إلى إحدى الوسائل القانونية الأربعة الآتية ، وهى : (١) قضاء الديون . (٢) تطهير العقار . (٣) تخلية العقار . (٤) تحمل إجراءات نزع الملكية .

وإلى جانب هذه المسائل الأربع المتقدم ذكرها ، نتكلم فى مسألة خامسة هى : موقف الحائز من بيع عقاره بالمزاد .

§ ١ - قضاء الديون

٢٦٧ – نص قانوني: تنص المادة ١٠٦١ مدنى على ما يأتى :

« يجوز للحائز ، عند حلول الدين المضمون بالرهن ، أن يقضيه هو وملحقاته بما فى ذلك ما صرف فى الإجراءات من وقت إنذاره ، ويبقى حقه هذا قائماً إلى يوم رسو المزاد . ويكون له فى هذه الحالة أن يرجع بكل ما يوفيه على المدين وعلى المالك السابق للعقار المرهون ، كما يكون له أن يحل محل الدائن الذى استوفى الدين فيما له من حقوق ، إلا ما كان منها متعلقاً بتأمينات قدمها شخص آخر غير المدين »[1] .

ونتكلم هنا فى المسائل الآتية :

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٤٨٤ من المشروع التمهيدى ، وكانت تجرى على الوجه الآتى : « ١ - يجوز للحائز ، عند حلول الدين المضمون بالرهن ، أن يقضيه هو وملحقاته . ويحل فى هذه الحالة محل الدائن الذى استوفى الدين فيما له من حقوق ، إلا ما كان منها متعلقا بتأمينات قدمها شخص آخر غير المدين . ٢ - ويبقى حق الحائز فى عرض مبلغ كاف لقضاء الدين قائما إلى يوم رسو المزاد . ولكن يجب عليه أيضا أن يعوض ما صرف فى الإجراءات من وقت إنذاره . على أن يرجع بذلك على المدين وعلى المالك السابق للعقار المرهون » . وأدمجت لجنة المراجعة الفقرتين فى فقرة واحدة مع تعديل لفظى ، تحت رقم ١١٦٣ فى المشروع النهائى ، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١٤٩ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٦١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٩٦ - ص ٩٨) .

التقنين المدنى السابق م ٥٧٥ / ٦٩٨ : وللحائز المذكور الخيار فى أن يدفع الدين ويحل محل الدائن فى حقوقه ، أو أن يعرض لوفاء الديون مبلغا يقدر به قيمة العقار ولا يجوز أن يكون أقل من الباقى فى ذمته من ثمنه ، أو يخلى العقار المرهون ، أو يتحمل الإجراءات الرسمية المتعلقة بنزع الملكية .

م ٥٧٦ / ٦٩٩ : ويبقى الحق فى عرض المبلغ الكافى لوفاء الدين لحين إيقاع بيع العقار فى المزاد ، وعلى الحائز المذكور أن يعرض أيضاً قيمة المصاريف المنصرفة من وقت التنبيه بالوفاء ، وله الرجوع بها على المدين ومن سبق الحائز فى ملكية العقار .

(١) متى يكون قضاء الدين أفضل .

(٢) ما يجب على الحائز دفعه لقضاء الدين .

(٣) متى يجب الدفع .

(٤) حلول الحائز محل الدائن .

(٥) رجوع الحائز على المدين وعلى المالك السابق .

(٦) متى يجبر الحائز على دفع الدين .

(٧) إجبار الحائز على دفع الدين إذا كان فى ذمته مبلغ يكفى لوفاء جميع الدائنين المقيدين .

(٨) اتفاق الدائنين على إجبار الحائز على الدفع .

٢٦٨ — متى يكون قضاء الدين أفضل : يختار الحائز عادة قضاء الدين ، إذا كان الدين أقل بكثير من ثمن العقار ، أو من الجزء الباقى من الثمن فى ذمة الحائز .

وقد يكون للدائن المرتهن رهن على عقار آخر ضامن لنفس الدين ، فإذا وفى الحائز هذا الدائن المرتهن فإنه يحل محله فى هذا الرهن ، وقد يكون فى ذلك ضمان كاف للحائز إذا ما وفى الدين للدائن المرتهن .

وقد يكون الحائز قد اشترى العقار المرهون بثمن مساو لقيمة الدين ولم يكن قد دفع الثمن ، فيتعين عليه ، بدلا من أن يدفع الثمن للبائع ، أن يدفعه للدائن ، فيفى بذلك فى وقت واحد بالثمن وبالدين[1] .

---

(١) وحتى لو كان الثمن أقل من الدين ، وكان الحائز حريصا على أن يستبقى العقار المرهون فى ملكه ، وكان الدين لدائن مرتهن متقدم فى المرتبة ، فإنه يدفع الدين للدائن المرتهن ويحل محله فى رهنه المتقدم . فيضمن بذلك عدم رجوع الدائنين المتأخرين فى المرتبة ويستوفى ما دفعه زيادة على الثمن من المدين .

وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الحائز الذى يدفع دين الدائن المقيد له الحق فى أن يستمر فى الإجراءات التى بدأها الدائن ، للحصول على ما دفعه أزيد من حصته فى الدين (استئناف مختلط ٢٣ نوفبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٥٢) .

٢٦٩ — ما يجب على الحائز دفعه لقضاء الدين : ويدفع الحائز للدائن المرتهن كل ما يجب دفعه له بموجب عقد الرهن[1] . ويجب دفع كل ذلك لأن الرهن غير قابل للتجزئة ، فيكون للدائن المرتهن استيفاء كل حقه ، فلو بقى منه شىء لم يدفع جاز للدائن المرتهن أن ينزع من أجل هذا الباقى ملكية العقار المرهون . ومن ثم يجب على الحائز أن يدفع كل الدين[2] ، ويدفع أيضاً الفوائد المضمونة (سنتين قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية ، والفوائد التى تستحق من تاريخ تسجيل تنبيه نزع الملكية إلى يوم رسو المزاد ، والقيود الخاصة بفوائد أخرى قد استحقت) ، وكذلك المصروفات المضمونة بالقيد ، وما صرف فى الإجراءات من وقت إنذار الدائن المرتهن .

٢٧٠ — متى يجب الدفع — نص قانونى : والدفع يكون عند حلول الدين المضمون بالرهن إلى يوم رسو المزاد . وتقول المادة ١٠٦١ مدنى كما رأينا : « يجوز للحائز عند حلول الدين المضمون بالرهن أن يقضيه هو وملحقاته ، بما فى ذلك ما صرف فى الإجراءات من وقت إنذاره ، ويبقى حقه هذا قائماً إلى يوم رسو المزاد » .

ويستفيد الحائز من مواعيد الأجل الممنوحة للمدين ، بما فى ذلك أجل القاضى[3] . فلا تتخذ ضد الحائز إجراءات حتى ينتهى الأجل ؛ ويحرم

---

(١) استئناف مختلط ٨ يونيه سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٣١٧ – وانظر أيضاً استئناف مختلط ٢٨ نوفبر سنة ١٩٠٠ م ١٣ ص ٢٢ .

(٢) استئناف مختلط ١٥ ديسمبر سنة ١٩٢٧ م ٤٠ ص ١١٤ : وقد قضى هذا الحكم بأن التعويض المتفق على دفعه فى حالة الوفاء قبل الأجل بالقرض المضمون بالرهن يجب أن يدفعه بأكمله الحائز الذى يتخذ الدائن ضده إجراءات نزع الملكية .

(٣) هالتون ٢٩٨ – جرانمولان فقرة ٤٧٦ .

الحائز الأجل الذى يحرمه المدين[1] .

وتستمر المادة ١٠٦١ مدنى ، كما رأينا ، فتقول : « ويكون له (للحائز) فى هذه الحالة أن يرجع بكل ما يوفيه على المدين وعلى المالك السابق للعقار المرهون ، كما له أن يحل محل الدائن الذى استوفى الدين فيما له من حقوق ، إلا ما كان منها معلقاً بتأمينات قدمها شخص آخر غير المدين » . فيحل الحائز الذى دفع الدين محل الدائن الذى استوفى الدين فيما له من حقوق ، إلا حقوقه المتعلقة بتأمينات قدمها شخص آخر غير المدين ، ككفيل عينى ، فلا يحل الحائز محل الدائن فى الرجوع على الكفيل العينى .

ويجب على الحائز ، وقد حل محل الدائن فى الرهن على العقار المرهون ، أن يحتفظ بقيد الرهن وأن يجدده عند الاقتضاء ، وذلك إلى أن تمحى القيود التى كانت موجوده على العقار ، وقت تسجيل سند هذا الحائز . ذلك أن الحائز قد يفى بالدين الذى حل ، ويكون هو الدين الأول فى المرتبة ، معتمداً على أن ثمن العقار إذا بيع فى المزاد لا يصل إلى أكثر من هذا الدين . فيجب عليه عندئذ أن يحتفظ بقيد الرهن الضامن لهذا الدين إلى أن تمحى القيود التالية ، لأنه يحل محل الدائن فيه ، وقد يحتج على الدائنين التالين فى المرتبة إذا هموا بالتنفيذ استيفاء لحقوقهم .

ومن أجل ذلك نصت المادة ١٠٦٢ مدنى على أنه « يجب على الحائز أن يحتفظ بقيد الرهن الذى حل فيه محل الدائن ، وأن يجدده عند الاقتضاء ، وذلك إلى أن تمحى القيود التى كانت موجودة على العقار وقت تسجيل سند الحائز »[2].

---

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن شرط الحرمان من الانتفاع بالأجل (clause de déchéance du bénéfice du terme) المتفق عليه فى القرض المضمون برهن ، والذى يعلن به الغير بقيد الرهن الرسمى ، يحتج به ، لا على المدين فحسب ، بل أيضا على الحائز للعقارات المرهونة (استئناف مختلط ١٨ نوفمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٢٦) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٤٨٥ من المشروع التمهيدى على وجه =

٢٧١ — حلول الحائز محل الدائن : وإذا دفع الحائز الدين للدائن على الوجه الذى قدمناه ، حل محل هذا الدائن فى جميع حقوقه قبل المدين[1].

وبموجب هذا الحلول ، يحل الحائز محل الدائن فى الرهن الذى له على العقار ، فيصبح الحائز مرتهناً لملكه . وتظهر أهمية ذلك فيما إذا طلب بعض الدائنين المرتهنين الآخرين بيع العقار ، فيحتج عليهم الحائز بالرهن الذى حل فيه ، إذا كانت مرتبة الرهن تسمح بذلك .

وينتقل الرهن إلى الحائز بمرتبته ، فيتقدم الحائز على من يكون متأخراً عنه ، ويتقدم عليه من يكون أسبق منه . ويجب عليه حفظ الرهن وتجديده ، كما قدمنا (م ١٠٦٢ مدنى)[2] .

٢٧٢ — رجوع الحائز على المدين وعلى المالك السابق : ويستطيع الحائز الذى دفع الدين أن يرجع أولا على المدين ، بدعوى شخصية تقوم على قواعد الإثراء بلا سبب .

وللحائز أن يرجع أيضاً على من تلقى الملكية منه . فان كان قد تلقاها بعوض ، كان له حق الضمان ، فيرجع بهذا الحق عليه ، كما لو كان من تلقى الحائز الملكية منه بائعاً أو مقايضاً[3] .

= مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت لجنة المراجعة على النص ، تحت رقم ١١٦٤ فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على النص تحت رقم ١١٥٠ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٦٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٩٨ – ص ٩٩) .

التقنين المدنى السابق م ٥٧٨ / ٧٠١ : يجب على حائز العقار الذى انتقلت إليه حقوق من وفاه بدينه من الرهن المتعلق بها ، أن يحفظ الرهن المذكور ويجدد تسجيله عند الاقتضاء ، إلى أن تزول الرهون المسجلة الموجودة وقت تسجيل عقد انتقال الملكية إليه فى العقار .

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الحائز ليس بحاجة إلى رضاء المدين لدفع الدين المضمون بالرهن والحلول محل الدائن فى حقه ، فله دائماً أن يقوم بالدفع ولو رغم المدين أو الدائن (استئناف مختلط ١٣ يونيه سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٣٣١) .

(٢) راجع استئناف مختلط ٢٢ يونيه سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٣٣٩ .

(٣) جرانمولان فقرة ٤٧٩ .

أما إذا كان من تلقى الملكية لا يضمن ، كما إذا كان واهباً أو موصياً ، فإنه لا رجوع للحائز فى هذه الحالة ، ومن ثم إذا كان الحائز قد تلقى الملكية بهبة أو بوصية فإنه لا يرجع لا على الواهب ولا على الموصى[1].

٢٧٣ — متى يجبر الحائز على دفع الدين — نص قانونى : وفى كل ما قدمناه ، نفرض أن الحائز يدفع الدين مختاراً ، حتى يمنع الدائن من نزع ملكية العقار المرهون .

ولكن توجد حالتان يجبر فيهما الحائز على دفع الدين ، وقد نصت عليهما المادة ١٠٦٣ مدنى وهى تنص على ما يأتى :

« ١ — إذا كان فى ذمة الحائز ، بسبب امتلاكه للعقار المرهون ، مبلغ مستحق الأداء حالا يكفى لوفاء جميع الدائنين المقيدة حقوقهم على العقار ، فلكل من هؤلاء الدائنين أن يجبره على الوفاء بحقه . بشرط أن يكون سند ملكيته قد سجل » .

« ٢ — فإذا كان الدين الذى فى ذمة الحائز غير مستحق الأداء حالا ، أو كان أقل من الديون المستحقة للدائنين ، أو مغايراً لها ، جاز للدائنين إذا اتفقوا جميعاً أن يطالبوا الحائز بدفع ما فى ذمته بقدر ما هو مستحق لهم . ويكون الدفع طبقاً للشروط التى التزم الحائز فى أصل تعهده أن يدفع بمقتضاها ، وفى الأجل المتفق على الدفع فيه » .

« ٣ — وفى كلتا الحالتين لا يجوز أن يتخلص من التزامه بالوفاء للدائنين بتخليه عن العقار ، ولكنه إذا هو وفى لهم فإن العقار يعتبر خالصاً من كل رهن ، ويكون للحائز الحق فى طلب محو ما على العقار من القيود »[2] .

---

(١) محمد كامل مرسى فقرة ١٤٨ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٤٨٦ من المشروع التمهيدى ، على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة ، تحت رقم ١١٦٥ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١٥١ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم —

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ، فى خصوص هذا النص ، ما يأتى :

« والأصل أن دفع الحائز للدين أمر اختيارى ، ولكنه ينقلب إجبارياً ، ويصبح للدائن المرتهن الحق فى استيفاء الدين من الحائز ، فى حالتين » .

(أ) إذا كان المستحق فى ذمة الحائز ، بالسبب الناقل لملكية العقار ، مبلغاً واجب الأداء حالا ، ويكفى لوفاء الديون . ويشترط أن يكون الحائز قد سجل سند ملكيته ، حتى لا يستجد دائنون ينفذ حقهم قبله . فى هذه الحالة لا مصلحة للحائز فى أن يدفع المستحق فى ذمته للراهن ، ويجوز للدائن المرتهن أن يجبره على الوفاء له هو » .

« (ب) أما إذا كان المستحق فى ذمة الحائز غير واجب الأداء حالا ، أو كان أقل من الدين المضمون ، أو مغايراً له ، فللدائنين المرتهنين ، إذا اتفقوا جميعاً ، إجباره على الدفع لهم ، ولكن فى الميعاد المحدد ، وبقدر ما فى ذمته . فإذا دفع تخلص من الرهون ، ولو كان ما دفعه أقل من الديون المضمونة » .

« ولا يجوز للحائز فى الحالتين أن يتخلص من الدفع للدائنين ، بالتخلى عن العقار »[1] .

ويلاحظ أن الفقرة الثالثة من المادة ١٠٦٣ مدنى تنص على ما يأتى : « وفى كلتا الحالتين لا يجوز للحائز أن يتخلص من التزامه بالوفاء للدائنين بتخليه عن العقار ، ولكن إذا هو وفى لهم ، فإن العقار يعتبر خالصاً من كل رهن ، ويكون للحائز الحق فى طلب محو ما على العقار من قيود » .

= ١٠٦٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٩٩ – ص ١٠٣) .

التقنين المدنى السابق : لا مقابل .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٠٢ .

وما جاء فى هذا النص معقول ، فالحالتان اللتان نصت عليهما المادة ١٠٦٣ مدنى ، الحالة الأولى منهما يستوفى فيها الدائنون المقيدون لغاية تسجيل سند الحائز جميع حقوقهم فلم يعد لدائن مقيد حق فى العقار ، وفى الحالة الثانية اتفق جميع الدائنين المقيدين على الوجه السابق على أن يطالبوا الحائز بدفع ما فى ذمته فيكونون قد رضوا بتخليص العقار من القيود . وعلى ذلك يصبح الحائز ملزماً بدفع ما فى ذمته ، ولا يستطيع ن يتخلص من هذا الالتزام إلا بالدفع ، لا بالتخلى عن العقار الذى أصبح غير جائز له . ومتى دفع ما فى ذمته ، ولو كان ما دفعه أقل من الديون المقيدة ، اعتبر العقار مطهراً من كل الديون ، واعتبر خالصاً من كل رهن ، واستقر فى ملكية الحائز مطهراً وخالصاً من الديون المقيدة ، ويكون للحائز الحق فى طلب محو ما على العقار من القيود .

ونعالج فى إيجاز الحالتين اللتين وردتا فى المادة ١٠٦٣ مدنى ، وهما : (١) إجبار الحائز على دفع الديون ، إذا كان فى ذمته مبلغ يكفى لوفاء جميع الدائنين . (٢) اتفاق الدائنين على إجبار الحائز على الدفع .

٢٧٤ — إجبار الحائز على دفع الديون إذا كان فى ذمته مبلغ يكفى لوفاء جميع الدائنين المقيدين : وإذا كان الحائز انتقلت إليه ملكية العقار المرهون بعقد معاوضة ، كعقد بيع مثلا ، وكان الباقى فى ذمته من الثمن مبلغاً يكفى لوفاء جميع الدائنين المقيدين حتى وقت تسجيل عقد البيع ، وجب على الحائز ألا يدفع شيئاً من الباقى فى ذمته للبائع ، وأن يعرض هذا الباقى فى ذمته على الدائنين المقيدين ، فيستوفى كل منهم حقه كاملا .

والمهم أن يكون الباقى فى ذمة الحائز : (١) بسبب امتلاكه للعقار المرهون . (٢) وأن يكون مبلغاً مستحق الأداء حالا . (٣) وأن يكون هذا المبلغ كافياً لوفاء جميع الدائنين المقيدين بكامل حقوقهم .

فى هذه الحالة يتحقق الدائنون المقيدون من أن الحائز قد سجل سند ملكيته ، وذلك حتى لا يستجد دائنون مقيدون آخرون فيصبح ما فى ذمة الحائز غير كاف للوفاء بكامل حقوقهم . فمتى تحققوا من ذلك ، وأيقنوا أن ما فى ذمة الحائز يفى بكامل حقوق الدائنين المقيدين جميعاً ، أصبح لكل دائن من هؤلاء الدائنين المقيدين ، وفيهم الدائن المقيد الذى يباشر التنفيذ ، أن يطالب الحائز بالوفاء بكامل حقه . والحائز لا مصلحة له فى التأخر ، ففى ذمته مبلغ يفى بكامل حقوق الدائنين المقيدين ، فما عليه إلا ألاّ يدفع شيئاً لمن انتقلت منه ملكية العقار ، وأن يدفع لكل دائن مقيد كامل حقوقه ، ويحل محله فيما دفع له ، وبذلك تخلص ذمته من الثمن ومن حقوق الدائنين المقيدين جميعاً .

٢٧٥ — اتفاق الدائنين على إجبار الحائز على الدفع : وفى هذه الحالة ، إذا كان ما فى ذمة الحائز أقل من ديون الدائنين المقيدين ، أو مغايراً لجنس هذه الديون ، أو غير مستحق الأداء حالا . ولكن اتفق جميع الدائنين المقيدين على مطالبة الحائز بالدفع ، فلا يستطيع الحائز رفض هذا الطلب ، ويجب أن يدفع للدائنين المقيدين ما فى ذمته ، وهم يقتسمونه بينهم على الوجه الذى يختارونه .

ولكن الحائز يدفع ما فى ذمته طبقاً للشروط التى اتفق عليها ، وبوجه خاص إذا كان ما فى ذمته غير واجب الدفع إلا بعد أجل ، لم يدفع للدائنين المقيدين إلا عند حلول هـــذا الأجل . ولا يستطيع الحائز التخلص من التزامه بالوفاء الدائنين المقيدين ، بالتخلى عن العقار المرهون . ويتخلص من كل ما عليه من القيود ، حتى لو كان ما دفعه الحائز لا يفى بجميع الديون المقيدة ، ويجوز للحائز بعد الدفع أن يطلب محو ما على العقار من القيود[1] .

---

(١) وقد نصت المادة ١٠٦٤ مدنى ، فى فقرتها الثالثة ، صراحة على ذلك ، —

ويلاحظ أن الحائز لا يدفع فى هذه الحالة للدائنين المقيدين ، إلا طبقاً للشروط وفى المواعيد التى ارتضاها . وهو إذا دفع على هذا الوجه لا يخسر شيئاً ، فهو قد أدى للدائنين حقوقهم كاملة ، وتخلص من ثمن العقار (لأنه يحل محل الدائنين المقيدين) ، إلا إذا بقى بعد الدفع للدائنين المقيدين بقية من الثمن ، فيدفعها للبائع .

§ ٢ – تطهير العقار

(Purge)

٢٧٦ – نص قانونى : نصت المادة ١٠٦٤ مدنى على ما يأتى :

« ١ – يجوز للحائز ، إذا سجل سند ملكيته ، أن يطهر العقار من كل رهن تم قيده قبل تسجيل هذا السند » .

« ٢ – وللحائز أن يستعمل هذا الحق حتى قبل أن يوجه الدائنون التنبيه إلى المدين ، أو الإنذار إلى هذا الحائز ، ويبقى هذا الحق قائماً إلى يوم إيداع شروط البيع »[1] .

= فقالت : « لا يجوز للحائز أن يتخلص من التزامه بالوفاء للدائنين بتخليه عن العقار ، ولكن إذا هو وفى لهم فإن العقار يعتبر خالصا من كل رهن ، ويكون للحائز الحق فى طلب محو ما على العقار من القيود » .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٤٨٧ من المشروع التمهيدى ، على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا مسألة واحدة . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ١١٦٦ فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على النص ، تحت رقم ١١٥٢ . وفى لجنة مجلس الشيوخ استبدلت اللجنة ، فى الفقرة الثانية ، عبارة « إلى يوم إيداع قائمة شروط البيع » بعبارة « إلى يوم توقيع الحجز العقارى أو صدور الحكم بنزع الملكية » ، تمشيا مع أحكام مشروع قانون المرافعات الذى ألغى نظام الحجز العقارى ودعوى نزع الملكية . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها لجنته ، تحت رقم ١٠٦٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٠٣ – ص ١٠٦) .

التقنين المدنى السابق م ٥٧٥ / ٦٩٨ : وللحائز المذكور الخيار فى أن يدفع الدين ويحل محل الدائن فى حقوقه ، أو أن يعرض لوفاء الديون مبلغا يقدر به قيمة العقار ولا يجوز أن =

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ما يأتى :

« ١ – تعرض هذه النصوص . . . لتطهير العقار . والحائز يختار التطهير إذا رأى أن قيمة العقار أقل من الدين المضمون بالرهن . ويمر التطهير على المراحل الآتية : يسجل الحائز سند ملكيته إذا كان سنداً قابلا للتسجيل ، حتى لو لم يكن تسجيله واجباً . فالمشترى يسجل البيع ، والموهوب له يسجل الهبة ، والشفيع يسجل حكم الشفعة . . . . والموصى له يسجل الوصية . . . . والغرض من ذلك تحديد الرهون التى يجب تطهيرها ، فإنه متى سجل الحائز سند ملكيته فلا يمكن بعد هذا التسجيل أن يستجد دائن مرتهن يكون رهنه نافذاً فى حق الحائز . أما إذا كان سند الملكية غير قابل للتسجيل بأن كان عملا مادياً لا عملا قانونياً ، فلا سبيل للتسجيل فى هذه الحالة . فالحائز الذى ملك بالتقادم عقاراً مرهوناً ولم يسقط الرهن . . . يستطيع تطهير العقار دون أن يسجل شيئاً ، لأن التقادم واقعة مادية تستعصى على التسجيل . على أن التسجيل لا فائدة فيه هنا ، فإنه من وقت تملك الحائز للعقار بالتقادم ، لا يكون لأى رهن يعطى على العقار من غير الحائز قيمة فى حق الحائز ، سواء كان التملك بالتقادم الطويل أو بالتقادم القصير . وإذا كان السبب الصحيح فى التقادم والقصير واجب التسجيل ، وفقاً لأحكام المشروع ، فإن التسجيل واجب لكسب الملكية نفسها بالتقادم وليس واجباً للتطهير ، ذلك أن من يتملك بالتقادم القصير لا يتملك بالسبب الصحيح الناقل للملكية ، وإنما يتملك بواقعة مادية تستعصى على التسجيل ، هى الحيازة مقترنة بحسن النية وبهذا السبب الصحيح » .

« ٢ – بعد أن يسجل الحائز سنده على النحو المتقدم ، يستطيع أن يبدأ إجراءات التطهير ، دون حاجة إلى انتظار حلول الدين المضمون بالرهن

= يكون أقل من الباقى فى ذمته ، أو يخل العقار المرهون ، أو يتحمل الإجراءات الرسمية المتعلقة بنزع الملكية .

م ٥٧٧ / ٧٠٠ : يبقى حق عرض المبلغ المقدرة به قيمة العقار لحين صدور الحكم بنزع الملكية .

وتوجيه الدائن المرتهن إليه إنذاراً بالدفع أو التخلية . ويبقى حقه فى التطهير قائماً إلى يوم (إيداع قائمة شروط البيع) إذ . . . . لم يبق إلا طرح العقار فى المزاد ، فإذا أراد الحائز عرض قيمته فما عليه إلا أن يتقدم مزايداً . وأول إجراء فى التطهير هو أن يوجه للدائنين المقيدة حقوقهم . . . فى مواطنهم المختارة المذكورة فى القيد ، إعلاناً يشتمل على البيانات المذكورة فى المادة ١٤٨٨ . . . ويلاحظ أن من بينها بياناً يذكر فيه القيمة التى يقدرها الحائز للعقار ، وهو لا يتقيد فى تقدير هذه القيمة بثمن العقار لو انتقلت إليه ملكيته بالبيع ، فقد يقدر قيمة أقل من الثمن أو أكبر منه ، ولكنه يتقيد بألا تقل القيمة عن السعر الذى يتخذ لتقدير الثمن فى حالة نزع الملكية (وهذا الأساس هو الضريبة التى تدفع عن العقار) ، ولا تقل فى الوقت ذاته عن الباقى فى ذمة الحائز من ثمن العقار لأنه يستطيع أن يدفع هذا الباقى كله للدائنين دون أن يصيبه ضرر من ذلك ، فإذا زاد عن الديون كانت الزيادة للراهن . ولا يلتزم الحائز بعرض القيمة عرضاً حقيقياً ، بل يكفى أن يظهر استعداده للدفع حالا ، أياً كان استحقاق الديون المقيدة . فإذا أظهر هذا الاستعداد ، أصبح ملتزماً بالبقاء على ما عرضه ، ومصدر التزامه هو إرادته المنفردة » .

« ٣ — وإذا وافق الدائنون جميعاً بعد إعلانهم على العرض الذى تقدم به الحائز ، أو سكتوا ستين يوماً من آخر إعلان رسمى . . . اعتبر العرض مقبولا ، ووجب على الحائز أن يدفع المبلغ المعروض للدائنين حسب مرتبتهم ، أو يودعه خزينة المحكمة ، فيتطهر العقار من كل الرهون ويمحى ما عليه من القيود . أما إذا طلب أحد الدائنين أو كفيل له أو وكيل عنه وكالة خاصة فى التطهير ، بيع العقار ، فيكون ذلك بإعلان يوجه إلى الحائز الراهن ، فى مدى الستين يوماً المشار إليها ، يطلب فيه عرض العقار فى المزاد ، ولا تشترط زيادة العشر وهذا هو التجديد الذى حققه المشروع حتى يتخفف

الدائن من بعض أعباء التطهير . ولكن يجب على الدائن أن يودع فى خزينة المحكمة مبلغاً كافياً لتغطية مصروفات البيع بالمزاد ، ولا يسترد هذه المصروفات إذا وقع المزاد على الحائز لعدم تقدم مزايد بعطاء أكبر مما عرض . ومتى تقدم أحد الدائنين بطلب بيع العقار على النحو الذى تقدم ، وجب عرض العقار فى المزاد ، ولا يجوز للدائن أن يتنازل عن طلبه إلا بموافقة جميع الدائنين والكفلاء » .

« ٤ – يطرح العقار فى المزاد ، وتتبع الإجراءات المقررة فى البيوع الجبرية ، فإن عرض مزايد مبلغاً أكبر من القيمة التى عرضها الحائز (وقد يكون الدائن الذى طلب البيع أو دائناً آخر أجنبياً أو الحائز نفسه زاد فيما سبق أن عرض ، ولكن لا يجوز أن يكون الراهن أو المدين) ، رسا المزاد عليه . ووجب أن يدفع ، إلى جانب العطاء الذى تقدم به ، المصروفات التى أنفقها الحائز فى سند ملكيته ونفقات الإعلانات والمصروفات التى اقتضتها إجراءات التطهير ، ويرد إلى طالب البيع ما سبق أن قدمه لذلك . وإذا لم يتقدم مزايد بعطاء أكبر ، خلصت للحائز ملكية العقار ، ولا يلتزم بدفع المبلغ نفسه الذى سبق أن عرضه ، والمبلغ الذى يرسو به المزاد يودع خزينة المحكمة ، أو يدفع للدائنين حسب مراتبهم ، فتنقضى الديون وتمحى القيود ويتم بذلك تطهير العقار »[1] .

٢٧٧ – متى يختار الحائز التطهير : ويظهر مما تقدم أن الحائز يختار تطهير العقار المرهون إذا كانت الديون المقيدة أكبر من قيمة العقار ، فيؤثر هو أن يعرض على الدائنين المقيدين قيمة العقار ، ويطهر العقار بهذه القيمة ، أو يباع فى المزاد . غير أن اختيار التطهير يكلف الحائز إجراءات ومشقات ، إلى أن يعرض العقار للبيع جبراً فى المزاد العلنى بناء

---

(١) انظر مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١١٧ – ١٢٠ .

على طلب أحد ذوى الشأن ، ويحتمل خروج العقار من ملك الحائز نتيجة لذلك .

أما إذا كانت الديون المقيدة أقل من قيمة العقار ، فالحائز يؤثر أن يلجأ إلى قضاء الديون بدلا من التطهير ، فيقتضيها وهى أقل من قيمة العقار ، فيبقى العقار فى يده ، ولا يخسر شيئاً لأنه يحل محل الدائنين فى العقار وقيمة العقار أكبر من مجموع الديون .

٢٧٨ — مزايا التطهير وعيوبه : وللتطهير مزايا كثيرة ، وقد قرره كثير من القوانين كقوانين فرنسا وبلجيكا وإيطاليا والبرتغال وهولندا ، ولم تقرره بعض القوانين كقوانين ألمانيا وبولونيا وإسبانيا والسويد .

فالتطهير مقرر لمصلحة الحائز ، لا سيما إذا كانت الديون المقيدة أكبر من قيمة العقار .

وهو مفيد للمدين ، إذ يسهل عليه أن يجد مشترياً لعقاره المثقل بالديون .

وهو مفيد للدائن المرتهن ، لأنه يحصل على قيمة العقار ، من غير أن يخضع لإجراءات نزع الملكية .

ولكن التطهير قد يضر بالدائنين المرتهنين ، إذ يلزمهم بقبول ديونهم قبل ميعاد حلولها . فيحرمهم من استغلال هذه الديون استغلالا طيباً ، وقد يباع العقار فى وقت غير مناسب فتنزل قيمته[1] .

٢٧٩ — أربع مسائل رئيسية فى التطهير : وهناك ، فى التطهير ، أربع مسائل رئيسية :

(ا) من يجوز له التطهير .

(ب) عرض الحائز وقبوله .

---

(١) انظر فى ذلك جرانمولان فقرة ٥٢٨ — محمد كامل مرسى فقرة ١٥١ .

(حـ) عرض الحائز ورفضه . بيع العقار فى المزاد .

(د) متى يمتنع التطهير – مصروفاته .

١ – من يجوز له التطهير

٢٨٠ – يجوز التطهير للحائز : تقول الفقرة الأولى من المادة ١٠٦٤ مدنى كما رأينا : « يجوز للحائز ، إذا سجل سند ملكيته ، أن يطهر العقار من كل رهن تم قيده قبل تسجيل هذا السند » . فحائز العقار المرهون هو الذى يتولى أمر التطهير ، وهو الذى يقدر ما إذا كان من المناسب أن يلجأ إلى هذه الطريقة . وهو يكون عادة ميالا للتطهير ، إذا ما وجد أن الديون المقيدة قبل تسجيل سنده قيمتها أكبر من قيمة العقار . فلا يكون ميالا لدفع هذه الديون لأن قيمتها أكبر من قيمة العقار ، فلا يستطيع استردادها كلها ، ثم هو لا يميل إلى التنفيذ مباشرة على العقار بترك الدائن المرتهن ينفذ عليه ، ولا يميل إلى التخلية ، فلا يجد أمامه غير التطهير .

فيجوز إذن التطهير لحائز العقار ، ولو كان هو أحد الدائنين المرتهنين[١] بأن يشترى هذا الدائن المرتهن العقار المرهون من الراهن .

ويشترط فى حائز العقار ، كما رأينا ، ألا يكون ملتزماً شخصياً بالدين كالكفيل الشخصى ، ولو كان التزامه عن غيره كالكفيل العينى[٢] .

فيجوز التطهير إذن لمشترى العقار كله أو بعضه ، والمقايض ، والموهوب له ، والموصى له ، والشفيع ، ولمن تلقى حق الانتفاع بالعقار المرهون[٣] .

ولا يجوز لمن ترتب له حق ارتفاق أو حق استعمال أو حق سكنى ، لأن هذه الحقوق غير قابلة للبيع بالمزاد ، فهى غير قابلة للرهن[٤] .

---

(١) استئناف مختلط ٢٤ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٣٥ .

(٢) بيدان وڤواران فقرة ١٠٨٢ – فقرة ١٠٨٣ .

(٣) بيدان وڤواران فقرة ١٠٨١ .

(٤) پلانيول وريبير وبولانچيه ٢ فقرة ٣٩٣٦ – بيدان وڤواران فقرة ١٠٨١ .

٢٨١ – المالك تحت شرط : وقد يكون الحائز قد تملك العقار المرهون ، تحت شرط واقف أو فاسخ .

فإذا كان قد تملكه تحت شرط واقف ، فهو لم يتملكه بعد ، لأن الشرط لم يتحقق ، ومن ثم لا يكون له حق التطهير إلا عند تحقق الشرط[١] .

وإن كان قد تملك العقار تحت شرط فاسخ ، فهو مالك للعقار حالا قبل تبين مصير الشرط ، فله أن يطهره . فإن لم يتحقق الشرط ، صار مالكاً بوجه بات ، وبقى تطهيره سليما وإذا تحقق الشرط ، أصبح غير مالك بأثر رجعى ، وكان الواجب زوال التطهير لأن من قام بالتطهير أصبح غير مالك بأثر رجعى ، فلم يكن حائزاً وقت التطهير . ولكن هناك رأى آخر يذهب إلى بقاء التطهير نافذاً بالرغم من تحقق الشرط الفاسخ ، على أساس أن التطهير عمل مادى لا يؤثر فيه الفسخ[٢] . وقد أخذ التقنين المدنى الجديد بهذا الرأى ، فنص فى المادة ١٠٨٣ منه على أنه « إذا تمت إجراءات التطهير انقضى حق الرهن الرسمى نهائياً ، ولو زالت لأى سبب من الأسباب ملكية الحائز الذى طهر العقار » .

ولكن إذا كان الحائز الذى أجرى التطهير متواطئاً مع الراهن الذى باع له العقار ، فإن الغش يبطل التطهير ، فاذا زالت ملكية الحائز زال التطهير . مثل ذلك أن يبيع الراهن العقار الذى رهنه ولو تحت شرط فاسخ ، فيعمد الحائز (المشترى) إلى تطهير العقار ، ثم يشترى الراهن ثانية العقار مطهراً من الحائز . فإذا ثبت التواطؤ بين الراهن والحائز ، وجب إبطال التطهير تبعاً لزوال ملكية من قام به[٣] .

---

(١) بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٣٩٣٩ – بيدان وفواران فقرة ١٠٨٤ – دى هلتس فقرة ١٦٢ – جرانمولان فقرة ٥٣٣ .

(٢) نقض فرنسى ٢٢ أغسطس سنة ١٨٧١ داللوز ٧٣ – ١ – ٣٢١ – بيدان وفواران فقرة ١٠٨٤ – جرانمولان فقرة ٥٣١ – محمد كامل مرسى فقرة ١٥٧ .

(٣) بيدان وفواران فقرة ١٠٨٤ .

٢٨٢ — الملتزم شخصيا بالدين : ولا يجوز التطهير للملتزم شخصياً بالدين ، لأنه ليس بحائز . فلا يجوز التطهير من الكفيل شخصياً كان أو عينياً ، ولا من الشريك فى الدين ، متضامناً كان أو غير متضامن ، ولا من وارث المدين ، لأن كل هؤلاء ملتزمون شخصياً بالدين ، فيجب عليهم وفاؤه كاملا ، ولا يسمح لهم بالتخلص منه لقاء دفع قيمة العقار .

فوارث المدين لا يجوز له التطهير ، ولو تلقى العقار المرهون ميراثاً عن المدين الراهن . فالتطهير قد يؤدى إلى وفاء الديون قبل آجالها ، وإلى قبول الوفاء الجزئى ، وإلى انقضاء بعض الرهون دون وفاء الديون المضمونة بها ، ولذلك قد شرع لغير الملتزم شخصياً بالدين . ولو أجيز للملتزم ، لرجع الدائن المرتهن ، بعد تمام إجراءات التطهير ، على أى مال من أموال هذا الملتزم بما فيها العقار الذى طهر من الرهن[1].

وقد قدمنا أن وارث المدين يلتزم بالدين فى القانون الفرنسى ، أما فى القانون المصرى أو الشريعة الإسلامية فالوارث لا يرث الدين ، ولا يتلقى العقار المرهون إلا بعد انحلال الرهن وسداد جميع الديون .

وإذا كان الحائز هو أحد الشركاء فى الدين ، فإنه لا يكون له أن يطهر العقار المرهون ما دام لم يدفع حصته فى الدين . فإن دفع حصته أصبح غير مدين ، وبقى له صفة الحائز فقط ، فيجوز له أن يطهر العقار . وقبل دفع حصته فى الدين ، يكون مديناً ، فلا يكون له أن يطهر العقار ، ويكون العقار ضامناً لما هو مدين به[2] .

---

(١) بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٣٩٤١ — محمد كامل مرسى فقرة ١٥٩ .

(٢) انظر جيوار فقرة ١٩٨٨ — بودرى ودى لوان فقرة ٢٣٥٠ — بيدان فقرة ٢٣٥٠ — بيدان فقرة ٩٥١ — فقرة ٩٥٢ — أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٩٣ مكررة هامش ١٧ ثالثا — عكس ذلك هيك ١٤ فقرة ٨٩ .

٢٨٣ — مس الرقبة ومس الانتفاع : ويجوز التطهير لمن انتقل إليه حق الرقبة أو حق الانتفاع مرهوناً . فإذا عرض حائز حق الرقبة أو حق الانتفاع قيمة حقه ، فإنه يترتب على التطهير تخليص الحق المرهون . وعلى ذلك إذا كان حق الانتفاع هو الذى انتقل إلى الحائز وحصل تطهيره ، فان حق أرباب الديون المقيدة يبقى على الرقبة ، وعند انتهاء الانتفاع يعتبر ملحقاً بالرقبة ، فتعود أصحاب الديون المقيدة على العقار كاملا : رقبة وانتفاعاً ، إذ أن الرهن يشمل ملحقات المرهون .

وإذا كان ملك الرقبة هو الذى انتقل إلى الحائز وطهر ، فإن الرقبة تتطهر من الرهون ، ويبقى الرهن على حق الانتفاع ، ويزول بزواله[١].

٢٨٤ — تسجيل سند الحائز : يجب أن يكون سند الحائز مسجلا إذا كان قابلا للتسجيل ، لمنع القيود الجديدة وتعيين الدائنين نهائياً ، لأنه بالتسجيل لا يكون للقيود الجديدة التى تلحق التسجيل أثر[٢] .

فالمشترى يسجل البيع ، والمقايض يسجل المقايضة ، والموهوب له يسجل الهبة ، والموصى له يسجل الوصية ، والشفيع يسجل حكم الشفعة .

أما إذا كان سند الملكية عملا مادياً كالتقادم ، فهذا السند غير قابل للتسجيل . ومن ثم يستطيع الحائز ، الذى كسب الملكية بالتقادم ، أن يطهر العقار دون أن يسجل شيئاً ، « لأن التقادم واقعة مادية تستعصى على التسجيل »[٣] .

---

(١) انظر فى ذلك محمد كامل مرسى فقرة ١٥٥ ص ٢٢٤ — ٢٢٥ .

(٢) وقد نص التقنين المدنى الجديد على وجوب التسجيل ، فقرر فى الفقرة الأولى من المادة ١٠٦٤ مدنى ، كما رأينا ، أنه « يجوز للحائز ، إذا سجل سند ملكيته ، أن يطهر العقار من كل رهن تم قيده قبل تسجيل هذا السند » .

(٣) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « يسجل الحائز سند ملكيته إذا كان سندا قابلا للتسجيل ، حتى لو لم يكن تسجيله واجبا . فالمشترى يسجل —

وإذا كان لمالك العقار بالتقادم سند يمكن تسجيله ، كما إذا حصل على حكم بالملكية بسبب التقادم ، فإنه يجب تسجيل هذا الحكم[1] .

٢٨٥ — ميعاد التطهير : يجوز للحائز اتخاذ إجراءات التطهير من الوقت الذى يصبح فيه مالكاً ، وله ذلك دون حاجة إلى حلول الدين المضمون بالرهن . ويكون للحائز مصلحة فى أن يعرض القيمة بمجرد حيازته قبل أن يدفع الثمن ، حتى لا يضطر إلى الدفع مرتين أو تنزع ملكية العقار منه[2] .

= البيع ، والموهوب له يسجل الهبة ، والشفيع يسجل حكم الشفعة . . . . والموصى له يسجل الوصية . . . والغرض من ذلك تحديد الرهون التى يجب تطهيرها ، فإنه متى سجل الحائز سند ملكيته فلا يمكن بعد هذا التسجيل أن يستجد دائن مرتهن يكون رهنه نافذا فى حق الحائز . أما إذا كان سند الملكية غير قابل للتسجيل ، بأن كان عملا ماديا لا عملا قانونيا ، فلا سبيل للتسجيل فى هذه الحالة . فالحائز الذى ملك بالتقادم عقارا مرهونا ولم يسقط الرهن . . . . يستطيع تطهير العقار دون أن يسجل شيئاً ، لأن التقادم واقعة مادية تستعصى على التسجيل . على أن التسجيل لا فائدة فيه هنا ، فإنه من وقت تملك الحائز العقار بالتقادم لا يكون لأى رهن يعطى على العقار من غير الحائز قيمة فى حق الحائز ، سواء كان التملك بالتقادم الطويل أو بالتقادم القصير . وإذا كان السبب الصحيح فى التقادم القصير واجب التسجيل ، وفقا لأحكام المشروع ، فإن التسجيل واجب لكسب الملكية نفسها بالتقادم ، وليس واجبا للتطهير . ذلك أن من يتملك بالتقادم القصير لا يتملك بالسبب الصحيح الناقل للملكية ، وإنما يتملك بواقعة مادية تستعصى على التسجيل ، هى الحيازة مقترنة بحسن النية وبهذا السبب الصحيح » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١١٧ — ص ١١٨) .

انظر شفيق شحاتة ٣ فقرة ٣٠٧ ص ٢٦٧ — عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٣٢٠ — شمس الدين الوكيل فقرة ١٠٩ ص ٣١٧ — ص ٣١٨ — محمد على إمام فقرة ٢٤٥ — انظر عكس ذلك وأنه إذا كان سند الملكية عملا ماديا غير قابل للتسجيل فليس للحائز أن يطهر : محمد كامل مرسى فقرة ١٦٠ ص ٢٢٩ — سليمان مرقس فقرة ١٥٩ ص ٢٥٣ — ص ٢٥٤ .

[1] محمد كامل مرسى فقرة ١٦٠ ص ٢٣٠ .

[2] دى هلتس فقرة ١٥٩ — جرانمولان فقرة ٥٣٨ — محمد كامل مرسى فقرة ١٥٣ ص ٢٢٢ .

ويبقى حق الحائز قائماً فى التطهير ، إلى يوم إيداع قائمة شروط البيع (١) .

ب – عرض الحائز وقبوله

٢٨٦ – إعلان الدائنين المقيدين وعرض قيمة العقار عليهم — نص قانونى :
نصت المادة ١٠٦٥ مدنى على ما يأتى :

« إذا أراد الحائز تطهير للعقار ، وجب عليه أن يوجه إلى الدائنين المقيدة حقوقهم . فى مواطنهم المختارة المذكورة فى القيد ، إعلانات تشمل البيانات الآتية » :

(أ) خلاصة من سند ملكية الحائز ، تقتصر على بيان نوع التصرف ، وتاريخه ، واسم المالك السابق للعقار مع تعيين هذا المالك تعييناً دقيقاً ، ومحل العقار مع تعيينه وتحديده بالدقة ، وإذا كان التصرف بيعاً يذكر أيضاً الثمن ، وما عسى أن يوجد من تكاليف تعتبر جزءاً من هذا الثمن » .

« (ب) تاريخ تسجيل ملكية الحائز ، ورقم هذا التسجيل » .

« (حـ) المبلغ الذى يقدره الحائز قيمة للعقار ، ولو كان التصرف بيعاً .

---

(١) وكان المشروع التمهيدى ينص على أن الحق فى التطهير يبقى قائماً « يوم صدور الحكم بنزع الملكية » . فعدلت لجنة المراجعة النص ، فصار « إلى يوم توقيع الحجز العقارى » . وفى مجلس النواب ، أضيفت عبارة « أو صدور الحكم بنزع الملكية » . ولكن فى لجنة مجلس الشيوخ حذفت عبارة « توقيع الحجز العقارى أو صدور حكم بنزع الملكية » ، واستعيض عنها بعبارة « إيداع قائمة شروط البيع » .

« ويودع من يباشر الإجراءات قلم كتاب محكمة التنفيذ قائمة شروط البيع خلال تسعين يوماً من تاريخ تسجيل تنبيه نزع الملكية ، وإلا اعتبر تسجيل التنبيه كأن لم يكن » (م ٤١٤ من تقنين المرافعات الجديد) .

وظهرت الفقرة الثانية من المادة ١٠٦٤ مدنى أخيراً ، كما رأينا ، على الوجه الآتى :
« وللحائز أن يستعمل هذا الحق حتى قبل أن يوجه الدائنون المرتهنون التنبيه إلى المدين أو الإنذار إلى هذا الحائز ، ويبقى هذا الحق قائماً إلى يوم إيداع قائمة شروط البيع » .

ويجب ألا يقل هذا المبلغ عن السعر الذى يتخذ أساساً لتقدير الثمن فى حالة نزع الملكية ، ولا أن يقل فى أى حال عن الباقى فى ذمة الحائز من الثمن إذا كان التصرف بيعاً . وإذا كانت أجزاء العقار مثقلة برهون مختلفة ، وجب تقدير قيمة كل جزء على حدة » .

« (د) قائمة بالحقوق التى تم قيدها على العقار قبل تسجيل سند الحائز تشتمل على بيان تاريخ هذه القيود ، ومقدار هذه الحقوق ، وأسماء الدائنين »[1] .

فأول ما يجب أن يذكره الحائز فى الإعلان ، الذى يجب أن يكون رسمياً وعلى يد محضر وإلا كان الإعلان باطلا[2] ، خلاصة سند الحائز ، فيذكر بيان نوع التصرف إن كان بيعاً أو غير ذلك من أسباب كسب الملكية ، وتاريخه ، وتعيين المالك السابق تعييناً دقيقاً ، وتحديد العقار المرهون ، وثمن هذا العقار إذا انتقلت ملكيته إلى الحائز بالبيع ، والتكاليف الأخرى التى تعتبر جزءاً من الثمن قبل المصروفات التى يتعهد المشترى بدفعها

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٤٨٨ من المشروع التمهيدى ، على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة ، تحت رقم ١١٦٧ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١٥٣ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٦٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٠٦ – ص ١٠٧) .

التقنين المدنى السابق م ٥٧٥ / ٦٩٨ : وللحائز المذكور الخيار فى أن يدفع الدين ويحل محل الدائن فى حقوقه ، أو أن يعرض لوفاء الديون مبلغا يقدر به قيمة العقار ولا يجوز أن يكون أقل من الباقى فى ذمته من ثمنه ، أو يخلى العقار المرهون ، أو يتحمل الإجراءات الرسمية المتعلقة بنزع الملكية .

م ٥٨٠ / ٧٠٣ : إذا كانت أجزاء العقار مرهونة كل جزء على انفراده ، وجب تقدير كل منها على حدته .

(٢) بودرى ودى لوان فقرة ٢٤٠٦ وفقرة ٢٤١٧ – دى هلتس فقرة ١٧٧ – هـ ذون ص ٣٠٧ – محمد كامل مرسى فقرة ١٦٥ .

كمصروفات التطهير والفوائد المستحقة وقت بدء الانتفاع[1] ، والمبالغ التى يتعهد بدفعها من أجل مصروفات الزراعة والبذور والسماد[2]، والمبالغ التى يتعهد بدفعها الوسيط الذى يكلفه البائع المفاوضة فى العقد[3] . وفى حالة ما إذا كان عقد الحائز لا يتضمن ثمناً ، كما فى المقايضة والهبة ، يجب أن يذكر فى الإعلان قيمة العقار المرهون[4] .

ويذكر الحائز بعد ذلك تاريخ تسجيل التصرف الصادر إليه ، ورقم هذا التسجيل ، فيجب أن يذكر تاريخ تسجيل أى تصرف صدر إليه ، بيعاً كان أو مقايضة أو هبة أو وصية أو غير ذلك[5] .

ويذكر الحائز قيمة العقار ، وهو الذى يقدر هذه القيمة ، وسنعرض لهذا البيان على حدة لأهميته .

ويذكر أخيراً قائمة بالحقوق التى تم قيدها ويريد تطهير العقار منها ، وهذه الحقوق هى حق الرهن الرسمى وحق الاختصاص وحق الرهن الحيازى وحق الامتياز الخاص على العقار . ويذكر تاريخ هذه القيود ، ومقدار هذه الحقوق ، وأسماء الدائنين .

وفائدة هذه البيانات هى أن يطلع الدائنون على حالة العقار وما يثقله من قيود ، ليروا ما إذا كان من مصلحتهم قبول العرض أو رفضه .

٢٨٧ — المبلغ الذى يقدره الحائز قيمة للعقار المرهون : ونأتى للبيان الذى تركناه لنعالجه على حدة لأهميته . وقد جاء فى الفقرة (ح) من المادة

---

(١) بودرى ودى لوان فقرة ٢٤٠٧ .

(٢) نقض فرنسى ١٤ نوفبر سنة ١٨٩٤ داللوز ٩٦ — ١ — ٥١٣ .

(٣) بودرى ودى لوان فقرة ٢٤٠٧ .

(٤) جيوار فقرة ٢٠٢٢ — بودرى ودى لوان فقرة ٢٤١٠ — أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٩٤ ص ٨٥٤ هامش ١٤ .

(٥) جيوار فقرة ٢٠٢٩ — بودرى ودى لوان فقرة ٢٤١٢ .

١٠٦٥ مدنى ، كما رأينا : « وإذا كانت أجزاء العقار مثقلة برهون مختلفة ، وجب تقدير قيمة كل جزء على حدة » . ذلك أن التقدير يصح أن يرد على عقار شائع ، وعلى جزء مفرز من العقار . فإذا كان العقار مقسماً إلى أجزاء مفرزة ، كل جزء منها مرهون لشخص ، اعتبر كل جزء عقاراً على حدة مستقلا عن الأجزاء الأخرى ، وجرى تطهير كل جزء على حدة ، ولذلك يجب على الحائز تقدير كل جزء منفرداً باعتباره عقاراً مستقلا . وقد يباع بعض هذه الأجزاء فى المزاد ، ويقبل عرض الحائز فى الأجزاء الأخرى فتبقى له .

ويجب أن يقدر الحائز مبلغاً يعتبره قيمة للعقار الذى يطهره ، جزءاً من العقار كان أو كل العقار . وتقدير الحائز لهذا المبلغ متروك له ، فيقدر المبلغ الذى يعتقد أنه قيمة عادلة للعقار ، ولو كان هذا العقار قد آل إليه بطريق البيع ودفع فيه ثمناً ، فقد يقدر قيمة العقار بما يعادل هذا الثمن ، وقد يقدرها بما يجاوز الثمن ، وقد يقدرها بأقل من الثمن . فهو حر يقدر القيمة بالمبلغ الذى يراه مناسباً ، والدائنون هم أيضاً أحرار بعد ذلك كما سنرى ، لهم أن يقبلوا عرض الحائز ، ولهم أن يرفضوه ويعرضوا العقار المرهون للبيع جبراً فى المزاد العلنى .

ولا يحد من حرية الحائز فى تقدير قيمة العقار المرهون إلا شرطان اشترطهما القانون :

(أ) يجب ألا تقل هذه القيمة فى أية حال عن الباقى فى ذمة الحائز من ثمن العقار إذا كان التصرف بيعاً . فإذا كان لم يدفع للبائع شيئاً من ثمن العقار ، وكان الثمن ٤٠٠٠ جنيهاً مثلا ، وجب أن يقدر قيمة العقار بما لا يقل عن ٤٠٠٠ جنيها ، وله أن يقدر القيمة بأكثر من ذلك . وإذا كان قد دفع من الثمن ١٠٠٠ جنيه مثلا ، كان الباقى فى ذمته من الثمن ٣٠٠٠ جنيها . فيجب ألا تقل قيمة العقار التى يقدرها عن ٣٠٠٠ جنيهاً . وقد يقدر القيمة

بأكثر من ذلك . وهو على كل حال لا يخسر شيئاً ، فإن الباقى فى ذمته واجب عليه دفعه ، ويحل فيه محل الدائن المرتهن ، فيستطيع أن يدفعه لهذا الدائن ويرجع به على العقار المرهون . فيستوفى حقه كاملا دون أن يخسر أى شيء .

(ب) يجب ألا تقل القيمة التى يقدرها للعقار المرهون عن السعر الذى يتخذ أساساً لتقدير الثمن فى حالة نزع الملكية . وقد ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الخصوص ما يأتى : « وهو (الحائز) لا يتقيد فى تقدير هذه القيمة بثمن العقار لو انتقلت إليه ملكيته بالبيع ، فقد يقدر قيمة أقل من الثمن أو أكبر منه ، ولكنه يتقيد بألا تقل القيمة عن السعر الذى يتخذ أساساً لتقدير الثمن فى حالة نزع الملكية ، وهذا الأساس هو الضريبة عن العقار »[1].

ولم يرد فى قانون المرافعات أية قواعد لتعيين الثمن فى حالة نزع الملكية . وقد اقتبس التقنين المدنى الجديد القيد الآنف الذكر من المشروع الإيطالى للتقنين المدنى ، وقد جاء فى المادة ٥٠٠ من هذا المشروع :

Le prix ou la valeur déclarée ne peut être inférieur au taux établi pour base des enchéres par le code de procédure civile en cas d'expropriation .

وقد قضى قانون المرافعات الإيطالى أن على الدائن أن يطلب تعيين خبير لتقدير قيمة العقار ، أو يقدر هو هذه القيمة بحيث لا تقل عن ستين ضعفاً للضريبة التى تدفع للدولة إذا كان العقار مملوكاً للمدين ملكية تامة ، ولا عن ثلاثين ضعفاً للضريبة إذا كان المدين لا يملك إلا الرقبة أو الانتفاع . وفى مصر ، جاء فى المادة ٨٥ من القانون رقم ٩٠ لسنة ١٩٤٤ الخاص بالرسوم القضائية ورسوم التوثيق فى المواد المدنية : « يكون أساس تقدير الرسوم النسبية على الوجه الآتى : . . . (ثانياً) على قيم العقارات أو المنقولات

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١١٨ – ص ١١٩ .

المتنازع فيها ، فاذا لم توضح هذه القيمة أو توضحت وكانت فى نظر قلم الكتاب أقل من قيمتها الحقيقية ، قدرها هذا الأخير مع مراعاة ما يأتى :
(١) ألا تقل قيمة الأطيان الزراعية عن الضريبة السنوية مضروبة فى ستين .
(٢) ألا تقل قيمة الأملاك المبنية عن قيمتها الإيجارية السنوية المتخذة أساساً لربط العوائد مضروبة فى ١٥[1] .فيجوز إذن السير على هذا القانون على سبيل القياس ، إلى أن يصدر القانون المطلوب .

٢٨٨ — العرض الحقيقى غير واجب — نص قانونى : ونصت المادة ١٠٦٦ على ما يأتى :

« يجب على الحائز أن يذكر فى الإعلان أنه مستعد أن يوفى الديون المقيدة ، إلى القدر الذى قوم به العقار . وليس عليه أن يصحب العرض بالمبلغ نقداً ، بل ينحصر العرض فى إظهار استعداده للوفاء بمبلغ واجب الدفع فى الحال ، أياً كان ميعاد الديون المقيدة »[2] .

وجاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « ولا يلتزم الحائز بعرض القيمة عرضاً حقيقياً ، بل يكفى أن يظهر استعداده للدفع حالا ، أياً كان استحقاق الديون المقيدة . فإذا أظهر هذا الاستعداد ، أصبح ملتزماً بالبقاء على ما عرضه ، ومصدر التزامه هو إرادته المنفردة »[3] .

---

(١) انظر محمد كامل مرسى فقرة ١٦٤ ص ٢٣٣ هامش ٥ — وقارن سليمان مرقس فقرة ١٦٤ ص ٢٦٢ هامش ١ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٤٨٩ من المشروع التمهيدى ، على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة ، تحت رقم ١١٦٨ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس نواب تحت رقم ١١٥٤ ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٠٦٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٠٩ — ص ١١٠) .

التقنين المدنى السابق م ٥٨١ / ٧٠٤ : لا يكون عرض المبلغ عينا ، إنما يجب عرض مبلغ يدفع نقدا ، أيا كان ميعاد حلول الديون المسجلة .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١١٩ .

ويفهم من ذلك أن الحائز لا يلتزم أن يعرض على الدائنين المقيدين ، عرضاً حقيقياً ، المبلغ الذى قدره قيمة للعقار المرهون ، بل يكفيه أن يظهر استعداده لدفع هذا المبلغ حالا ، إذا قبل الدائنون عرضه ، أياً كان ميعاد دفع الديون المقيدة .

وبمجرد أن يظهر الحائز هذا الاستعداد ، يصبح ملزماً بما عرض ، بحيث إذا قبل الدائنون العرض ، وجب عليه أن يدفع حالا المبلغ الذى عرضه . ومصدر الالتزام هنا هو إرادة الحائز المنفردة ، ويظل ملتزماً إلى أن يقبل الدائنون العرض فيدفع المبلغ فى الحال أى ينفذ التزامه ، أو إلى مدى ستين يوماً وهو الحد الأقصى للميعاد الذى أعطى للدائنين لقبول العرض أو رفضه ، كما سنرى .

فإذا انقضت الستون يوماً ورفض الدائنون العرض ، تحلل الحائز من الالتزام ، وإذا دخل مزايداً فى العقار المرهون كان ذلك طبقاً لمشيئته ، وكان يستطيع ألا يدخل .

٢٨٩ — ما يترتب على ما يقع فى الإعلان من نقص أو خطأ : لم يذكر القانون ما يترتب على ما يقع فى إعلان عرض الحائز من نقص أو خطأ .

وقد ذهب الفقه والقضاء إلى وجوب التفرقة بين البيانات الجوهرية[1] والبيانات غير الجوهرية[2] . فإذا كان البيان جوهرياً ، أى من البيانات التى يجب أن يعلم بها أرباب الديون ليقدروا ما إذا كانوا يطلبون بيع العقار المرهون أو لا يطلبونه ، فإذا كان النقص أو الخطأ يضر بالدائن كان له أن يطلب بطلان الإعلان . ومن البيانات الجوهرية ذكر ثمن العقار المرهون ، فإذا ذكر ثمن أعلى لم يترتب على ذلك البطلان ، ويلزم الحائز بهذا الثمن

---

(١) éonc ation substanticulles

(٢) éonociations non - substienlles, secondaires

للدائن الذى حصل الخطأ بالنسبة إليه . وإذا ذكر ثمن أقل ، ترتب البطلان على ذلك بالنسبة إلى من أصابه ضرر[١] .

ويقرر القاضى ما إذا كان البيان جوهرياً أو غير جوهرى[٢].

وقائمة الحقوق التى تم قيدها على العقار يعتبر بياناً جوهرياً ، فإذا وقع خطأ فيها كان لمن أصابه ضرر أن يطلب البطلان . وعدم ذكر هذه القائمة بالدقة قد يسب ضرراً لدائن متأخر ، إذ بسبب الغلط قد يمتنع عن طلب بيع العقار المرهون فيعرضه ذلك لضياع دينه . ولذا يكون التطهير باطلا بالنسبة إليه[٣] .

ويجوز تصحيح البطلان بتنازل الدائن الذى له الحق فى التمسك به ، وقد يكون التنازل صريحاً أو ضمنياً[٤] .

ولأرباب الديون يكون لهم الحق فى طلب البطلان الحق فى اتخاذ إجراءات نزع الملكية ، ولكن للحائز إذا لم يكن ميعاد العرض قد انتهى أن يجدده[٥] .

وإذا كانت البيانات أعلنت صحيحة إلى بعض الدائنين ، وحصل خطأ فيها إلى دائنين آخرين ، فإنه لا يترتب على ذلك بطلانها إلا بالنسبة إلى أرباب الديون الذين وصلت إليهم البيانات غير صحيحة[٦] .

---

(١) جيوار ٢٠٥٣ – ٢٠٥٤ – بودر ودى لوان ٢٤١٧ .

(٢) بودرى وذى لوان ٢٤١٧ .

(٣) هيك ١٠٧ – بودرى ودى لوان فقرة ٢٤١٣ .

(٤) بودرى ودى لوان فقرة ٢٤١٩ – نقض فرنسى ٤ مايو سنة ١٨٨٢ دالوز ٩٤ – ١ – ٨٤ .

(٥) جيوار فقرة ٢٠٥٧ – بودرى ودى لوان فقرة ٢٤٢٠ – أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٩٤ هامش ٤٧ .

(٦) جيوار فقرة ٢٠٥٥ – بودرى ودى لوان ٢٤٢٠ – ١ – محمد كامل مرسى فقرة ١٦٦ .

٢٩٠ — إلى من يوجه العرض : ويكون العرض على جميع الدائنين المقيدة حقوقهم : المرتهنين رهناً رسمياً وأصحاب حقوق الاختصاص والمرتهنين رهناً حيازياً وأصحاب حقوق الامتياز الخاصة على عقار[1].

والعرض يكون حتى على الدائنين الذين لم تحل حقوقهم ، فيترتب على التطهير الوفاء لدائنين حتى قبل الأجل .

وإذا أهمل الحائز إعلان العرض إلى أحد الدائنين المقيدة حقوقهم الواجب عليه العرض عليهم ، فإن ذلك لا يترتب عليه البطلان بالنسبة إلى الدائنين المعلنين[2] . أما الدائن الذى لم يعلن ، فيكون التطهير باطلا بالنسبة إليه ، ويحفظ حق تتبعه[3] . وله أن يستعمل حق التقدم على الثمن إذا لم يكن قد وزع[4] .

والدائنون المقيدون الذين يحصل العرض عليهم هم المقيدون قبل تسجيل سند الحائز إذا كان هذا السند قابلا للتسجيل ، وليس من الضرورى العرض على الدائنين اللاحقين للتسجيل ، لأن هؤلاء لا تنفذ حقوقهم على الحائز فقد سجل سنده قبل أن يقيدوا حقوقهم[5] .

٢٩١ — فى أى موطن يكون العرض : أوجبت المادة ٣٠ من قانون تنظيم الشهر العقارى أن يكون للدائن محل مختار فى دائرة المحكمة التى يتبعها العقار ، فإن لم يختر له محلا صح إعلان الأوراق إليه فى قلم كتاب المحكمة .

---

(١) استئناف مختلط ٢ مايو سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٣٢٧ .

(٢) جيوار فقرة ٢٠١٧ — بودرى ودى لوان فقرة ٢٤٠٥ .

(٣) بودرى ودى لوان فقرة ٢٤٠٥ .

(٤) لوران ٤٦١ — جيوار فقرة ٢٠١٧ — بودرى ود لوان فقرة ٢٤٠٥ — نقض فرنسى ٢٥ أبريل سنة ١٨٨٨ داللوز ٨٩ — ١ — ١٠٢ .

(٥) جيوار فقرة ٢٠١٥ — أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٩٤ هامش ٨ — محمد كامل مرسى فقرة ١٦٢ — سليمان مرقس فقرة ١٦١ .

ونصت المادة ١٠٦٥ مدنى على أن يوجه الحائز إعلان العرض فى مواطن الدائنين المختارة المذكورة فى القيد .

فإذن يجوز إعلان العرض على الدائنين فى مواطنهم المختارة فى دائرة المحكمة التى يتبعها العقار المرهون ، ومن كان من الدائنين لم يعين محلا مختاراً ، جاز إعلانه فى قلم كتاب المحكمة التى يتبعها العقار المرهون .

ولكن يجوز للحائز مع ذلك أن يوجه الإعلان إلى الدائنين ، لا فى مواطنهم المختارة ، بل فى محال إقامتهم الأصلية ، لأن الإعلان فى الموطن المختار كان لمصلحه الحائز فيجوز له أن يتنازل عن ذلك ، ولأن الإعلان فى محل الإقامة الأصلية يكون دائماً صحيحاً . وعلى ذلك يكون مكان الإعلان ، إما المحل المختار فإن لم يوجد فقلم كتاب المحكمة الابتدائية للعقار المرهون ، أو محل الإقامة الأصلى للدائنين[1] .

٢٩٢ — فى أى وقت يكون العرض : يعرض الحائز على الدائنين قيمة العقار المرهون من وقت تسجيل سند ملكيته ، دون أن ينتظر إنذاراً بالدفع أو التخلية ، ودون أن ينتظر آجال الديون المقيدة . ومصلحته إذا كان مشترياً أن يقوم بهذا الإجراء قبل أن يدفع الثمن إلى البائع ، حتى يستطيع عرض كل الثمن .

ونصت الفقرة الثانية من المادة ١٠٦٤ مدنى على أن « للحائز أن يستعمل هذا الحق (التطهير) حتى قبل أن يوجه الدائنون المرتهنون التنبيه إلى المدين أو الإنذار إلى هذا الحائز ، ويبقى هذا الحق قائماً إلى يوم إيداع قائمة شروط البيع »[2] .

وقد جاء التقنين المدنى الجديد معدلا للتقنين المدنى القديم .

---

(١) بلانيول وريبير وبولانجيه فقرة ٢٩٥٦ — بيدان وفواران فقرة ١١٠٥ — محمد كامل مرسى فقرة ١٦٣ — سليمان مرقس فقرة ١٦٢ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٢٨٥ .

فى قانون المرافعات المختلط كان يجب أن يعقب التنبيه على المدين بالوفاء أو إنذار الحائز ، توقيع الحجز على العقار ، فنصت المادة ٧٠٠ مدنى مختلط على أن حق الحائز فى التطهير يبقى إلى وقت حجز العقار(١) .

وفى قانون المرافعات الوطنى كان يلى التنبيه أو الإنذار رفع دعوى نزع الملكية وصدور الحكم فيها ، فنصت المادة ٥٧٧ مدنى وطنى على أن حق الحائز فى التطهير يبقى إلى حين صدور الحكم بنزع الملكية(٢).

ولأن تقنين المرافعات قد ألغى نظام الحجز العقارى ودعوى نزع الملكية ، واستعاض عنهما بإيداع قائمة شروط البيع ، نصت المادة ١٠٦٤ مدنى على حق الحائز فى التطهير إلى وقت إيداع قائمة شروط البيع(٣).

٢٩٣ — قبول العرض : وقبول عرض الحائز من الدائنين يكون إما صريحاً أو ضمنياً . والقبول الضمنى يكون بانقضاء الميعاد المعطى للدائنين وهو ثلاثون يوماً غير مواعيد المسافة (م ١٠٦٧ مدنى) ، أن يطلب أحد منهم ، أو أحد الكفلاء لهؤلاء الدائنين ، بيع العقار المطلوب تطهيره ، كما سيأتى .

والثلاثون يوماً تبدأ بالنسبة إلى جميع الدائنين فى تاريخ واحد هو تاريخ آخر إعلان رسمى ، ويضاف إليها مواعيد المسافة ما بين الموطن الأصلى لهذا الدائن الذى أعلن آخر إعلان وموطنه المختار ، بشرط ألا تزيد مواعيد المسافة على ثلاثين يوماً أخرى . ولكن الميعاد ينتهى بالنسبة إلى بعض الدائنين بانقضاء ثلاثين يوماً ، وبالنسبة إلى بعض آخر بانقضاء ثلاثين يوماً مضافاً إليها مواعيد المسافة ، على ألا يجاوز كل ذلك ستين يوماً .

---

(١) استئناف مختلط ٢٤ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٣٥ .

(٢) عبد السلام ذهنى فى التأمينات فقرة ١٨٣ — وقارن محكمة الإسكندرية الوطنية ٢٥ مارس سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢٠ رقم ٦١٥ ص ١٤٠١

(٣) انظر محمد كامل مرسى فقرة ١٥٣ — سل [illegible] ة ١٦٣ .

ويسرى الميعاد مستقلا بالنسبة إلى كل دائن[1] . فإذا مضى الميعاد بالنسبة إلى أحد الدائنين فإنه يحرم حق طلب البيع ، ولو كان الميعاد لم ينقض بالنسبة إلى باقى الدائنين[2] .

ولا يحسب اليوم الأول (dies a quo) ، ولكن يحسب اليوم الأخير (dies ad quam) . وإذا كان هذا اليوم الأخير يوم عيد ، فإن الميعاد يمتد إلى اليوم الذى يليه لو لم يكن هو أيضاً يوم عيد[3].

وقبول الدائنين ، صريحاً كان أو ضمنياً ، يرجع أثره إلى يوم حصول العرض[4] ، فإذا بيع العقار بعد ذلك بالمزاد أو بيع بيعاً اختيارياً بثمن أعلى من الثمن المعروض ، فليس للدائنين حق فى الزيادة[5].

٢٩٤ — التزام الحائز فى حالة قبول العرض : ومتى قبل العرض ، صار الحائز ملزماً شخصياً قبل الدائنين بأن يدفع المبلغ المعروض ، ويكون التزامه فى كل أمواله ، لا فى العقار المرهون فقط[6] .

ولكنه يبقى ملزماً بصفته حائزاً للعقار ، فيكون له الحق فى أن ينازع فى وجود الديون المقيدة وفى صحتها ، أو أن يحتج بسقوطها بالتقادم[7].

والرأى الراجح هو أن الدائنين ليس لهم الحق فى الفوائد باعتبارها تابعة

---

(١) بودرى ودى لوان فقرة ٢٤٥٥ — نقض فرنسى ٢٦ نوفبر سنة ١٨٨٤ دالوز ٨٥ — ١ — ١١٥ .

(٢) بودرى ودى لوان فقرة ٢٤٥٥ .

(٣) جيوار ٢٠٨٥ — بودرى ودى لوان فقرة ٢٤٥٥ .

(٤) بودرى ودى لوان ٢٤٣٧ .

(٥) بودرى ودى لوان ٢٤٨٥ — محمد كامل مرسى فقرة ١٦٩ .

(٦) هيك ١٤ فقرة ١٤٤ — دى لوان فى دالوز ١٩٠٥ — ١ — ٢٩٣ — جرانمولان ٥٥٥ .

(٧) بودرى ودى لوان فقرة ٢٤٢٩ — نقض فرنسى ٢٦ أغسطس سنة ١٨٦٢ دالوز ٦٢ — ١ — ٣٤٤ .

الثمن ، لأن الفوائد تمثل الانتفاع بالعقار والدائنون ليس لهم حق الانتفاع . غير أن الحائز يكون ملزماً قبل الدائنين بالفوائد ابتداء من وقت إنذاره بالدفع أو التخلية ، أو من وقت العرض إذا أجرى الحائز التطهير من تلقاء نفسه قبل أن ينذره الدائنون[1] . ويلزم بالفوائد ولو كان العقار لا ينتج ثماراً[2] ، ولو كانت الفوائد غير واجبة بموجب عقده كما لو كان العقد هبة[3] ، وحتى لو كان عقد شرائه يقرر صراحة إعفاءه من الفوائد[4].

٢٩٥ – توزيع قيمة العقار على الدائنين في حالة قبول العرض — نص قانوني : والعقار المرهون لا يتخلص من القيود بمجرد قبول العرض ، بل يجب لتطهيره من هذه القيود دفع المبلغ المعروض أو إيداعه . وقد نصت المادة ١٠٧٠ مدنى على ما يأتى : « إذا لم يطلب بيع العقار فى الميعاد وبالأوضاع المقررة ، استقرت ملكية العقار نهائياً للحائز خالصة من كل حق مقيد إذا هو دفع المبلغ الذى قوم به العقار للدائنين الذين تسمح مرتبتهم باستيفاء حقوقهم منه ، أو إذا هو أودع هذا المبلغ خزانة المحكمة »[5].

---

(١) هيك ١٠٩ – جيوار ٢٠٤٩ – بودرى ودى لوان فقرة ٢٤٣٤ – أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٨٤ وهامش ١٢ وفقرة ٢٩٤ هامش ٤١ – هامش ٤٢ .

(٢) بودرى ودى لوان ٢٤٣٥ .

(٣) بودرى ودى لوان ٢٤٣٥ – ١ .

(٤) محمد كامل مرسى فقرة ١٧١ .

(٥) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٤٩٣ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، غير أن المشروع التمهيدى كان يتضمن العبارة الآتية : « أو طلب البيع ولكن لم يعرض فى المزاد ثمن أعلى من المبلغ الذى عرضه الحائز » . وفى لجنة المراجعة حذفت هذه العبارة ، وأقرت اللجنة النص بعد هذا الحذف تحت رقم ١١٧٢ فى المشروع النهائى . وأقر النص مجلس النواب تحت رقم ١١٥٨ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٧٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١١٧ – ص ١٢٠) .

التقنين المدنى السابق م ٥٧٩ / ٧٠٢ : لا يتخلص الحائز العقار بعرض المبلغ الذى قدره قيمة له مما هو ملزم به بصفة كونه حائزاً للعقار ، إلا إذا صار ما عرضه مقبولا ، ويجوز له أن يعرض هذا المبلغ قبل تكليفه تكليفاً رسمياً .

ويلاحظ أن المشروع التمهيدى لهذا النص كان يتضمن العبارة الآتية : « أو طلب البيع ولكن لم يعرض فى المزاد ثمن أعلى من المبلغ الذى عرضه الحائز » ، ولكن لجنة المراجعة حذفت هذه العبارة مع أهميتها

فمن الحائز أن يرفض الدائنون عرض الحائز ، فيعرض العقار المرهون للبيع بالمزاد ، ولكن لا يعرض أحد من المزايدين ثمناً أعلى من المبلغ الذى عرضه الحائز ، حتى لو عرض مزايد ثمناً معادلا لما عرضه الحائز . عند ذلك يعتبر المزاد كأن لم يكن ، وتستقر ملكية العقار نهائياً للحائز ، مطهرة من كل حق مقيد ، إذا دفع الحائز المبلغ الذى قوم به العقار المرهون .

ومتى دفعت قيمة العقار لأن الدائنين قبلوا عرض الحائز ، أو رفضوه ولكن لم يتقدم مزايد بثمن أعلى من المبلغ الذى قدر به الحائز قيمة العقار ، فإن قيمة العقار المدفوعة تقسم بين الدائنين على حسب درجة قيودهم ، وتدفع إليهم مباشرة ، أو تودع خزانة المحكمة لتوزيعها عليهم قضاء .

وقد أعطى القانون الخيار للحائز بين الدفع أو الإيداع ، قبل الانتهاء من إجراءات التوزيع[1] .

ويجوز للدائنين أن يلزموا الحائز إيداع القيمة ، إذا كانت لديهم أسباب معقولة يخشون معها إعساره قبل الانتهاء من إجراءات التوزيع[2].

جـ - عرض الحائز ورفضه - بيع العقار بالمزاد

٢٩٦ – خيار الدائنين – نص قانونى : تنص المادة ١٠٦٧ مدنى على ما يأتى :

« يجوز لكل دائن قيد حقه ، ولكل كفيل لحق مقيد ، أن يطلب بيع العقار المطلوب تطهيره ، ويكون ذلك فى مدى ثلاثين يوماً من آخر إعلان

(١) بودرى ودى لوان فقرة ٢٤٨٧ .

(٢) بون فقرة ١٣٣٦ مكررة – جيوار فقرة ٢١١٢ – بودرى دى لوان فقرة ٢٨٤٩ – أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٩٤ ص ٨٨٢ هامش ١٠٠ – محمد كامل مرسى فقرة ١٧٢ .

رسمى ، يضاف إليها مواعيد المسافة ما بين الموطن الأصلى للدائن وموطنه المختار ، على ألا تزيد مواعيد المسافة على ثلاثين يوماً أخرى[1].

ويخلص من هذا النص أن الدائنين المقيدين ، الذين أعلن لهم الحائز عرضه ، يكونون بالخيار بين قبول هذا العرض أو رفضه ، وذلك فى مدى ثلاثين يوماً من آخر إعلان رسمى ، يضاف إليها مواعيد المسافة ما بين الموطن الأصلى لآخر دائن مقيد وموطنه المختار ، على ألا تزيد مواعيد المسافة على ثلاثين يوماً أخرى .

فإذا انتهى الميعاد بالنسبة إلى أحد الدائنين المقيدين ولم يطلب بيع العقار المرهون ، عد هذا الدائن قابلا للعرض ، وامتنع عليه أن يطلب البيع . ولكن ذلك لا يمنع غيره من الدائنين المقيدين ، ومن الكفلاء لحقوق مقيدة وهم كل كفيل كفل لدائن مقيد حقه فهم يعنيهم أن يكون العرض مرضياً حتى يطمئنوا على ما سبق أن كفلوه ، أن يطلبوا البيع . فإذا طلبه أى واحد منهم ، أو طلبوه جميعاً ، كان انتهاء الميعاد بالنسبة إلى الأولين عديم الأثر .

فالدائنون إذن بالخيار بين أن يقبلوا جميعاً العرض هم وكفلاؤهم ، وبين أن يرفض أحد من الدائنين أو الكفلاء ما عرضه الحائز .

فإن قبلوا جميعاً العرض ، صراحة أو ضمناً بأن تركوا ميعاد الثلاثين يوماً (وميعاد المسافة) ينقضى دون أن يطلب أحد منهم البيع ، فقد رأينا فيما تقدم أن العقار المرهون يتطهر من القيود التى عليه إذا دفع الحائز ما عرضه .

والآن ننظر الحالة الأخرى ، وهى كيف يكون الرفض من أحد الدائنين المقيدين أو أحد الكفلاء .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٤٩٠ من المشروع التمهيدى ، على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة ، تحت رقم ١١٦٩ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١٥٥ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٦٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١١١ – ١١٢) .

التقنين المدنى السابق : لا مقابل .

٢٩٧ – رفض العرض. ولما كان الحائز هو الذى قدر قيمة العقار المرهون حسب ما يرى ، وكانت إجراءات التطهير تسمح بوفاء الدائن قبل حلول أجل الدين ، وتسمح بالوفاء له جزئياً ، فنى نظير ذلك خول القانون أحد الدائنين المرتهنين أو أحد الكفلاء رفض ما عرضه الحائز .

ولكن القانون فرض على الدائن المقيد أو الكفيل الذى يرفض العرض التزاماً هو أن يودع خزانة المحكمة مبلغاً كافياً لتغطية مصروفات البيع بالمزاد ، ولا يجوز أن يسترد ما استغرق فى المصروفات إذا لم يرس المزاد بثمن أعلى من الثمن الذى عرضه الحائز .

وقد كان التقنين المدنى القديم (م ٥٨٣/٧٠٦) يوجب على من يرفض عرض الحائز أن يزيد هذا العرض بمقدار عشر المبلغ المعروض ، وأن يصحب تقرير الزيادة إيداع مقدار خمس الثمن ، ويترتب على ذلك وجوب طرح العقار فى المزاد .

وقد لوحظ عند وضع التقنين المدنى الجديد أن هذه الالتزامات شديدة ، قد تثنى من يريد الرفض عن سلوك هذا السبيل . فاكتفى التقنين المدنى الجديد ، فى رفض عرض الحائز ، بطلب عرض العقار المرهون للبيع فى المزاد ، وأعفى الدائن من وجوب زيادة العشر وإيداع خمس الثمن ، مكتفياً بإيداع خزانة المحكمة مبلغاً لتغطية مصروفات البيع بالمزاد ، على ألا يسترد ما استغرق من هذا المبلغ فى المصروفات إذا لم يرس المزاد بثمن أعلى من المبلغ الذى قدره الحائز قيمة العقار المرهون .

٢٩٨ – كيف يكون رفض العرض – نص قانونى : نصت المادة ١٠٦٨ مدنى على ما يأتى :

« ١ – يكون الطلب (طلب بيع العقار المطلوب تطهيره) بإعلان يوجه إلى الحائز وإلى المالك السابق ، ويوقعه الطالب أو من يوكله فى ذلك توكيلا

خاصاً. ويجب أن يودع الطالب خزانة المحكمة مبلغاً كافياً لتغطية مصروفات البيع بالمزاد ، ولا يجوز أن يستّرد ما استغرق منه فى المصروفات إذا لم يرس المزاد بثمن أعلى من المبلغ الذى عرضه الحائز ، ويكون الطلب باطلا إذا لم تستوف هذه الشروط » .

« ٢ – ولا يجوز للطالب أن يتنحى عن طلبه ، إلا بموافقة جميع الدائنين وجميع الكفلا »[1] .

وقد اكتفت المادة ١٠٦٨ بأن أوجبت على طالب البيع ، أو وكيله ، والتوكيل فى التطهير يجب أن يكون توكيلا خاصاً لأن التطهير من أعمال التصرف ، أن يودع خزانة المحكمة مبلغاً كافياً لتغطية مصروفات البيع بالمزاد . ولا يستّرد طالب البيع ما استغرق من هذا المبلغ فى المصروفات ، إلا إذا رسا المزاد بثمن أعلى مما عرضه الحائز . ويكون الطلب باطلا إذا لم تستوف هذه الشروط . ولا يجوز لطالب البيع أن يتنحى عن طلبه إلا إذا وافق جميع الدائنين وجميع الكفلاء ، لأن أحداً منهم يجوز أن يكون قد امتنع عن طلب البيع معتمداً على هذا الطلب . وطالب البيع ملتّزم بالبقاء على طلب البيع بإرادته المنفردة ، ولا يستطيع الرجوع فى ذلك إلا بموافقة جميع الدائنين وجميع الكفلاء .

ويجوز رفض عرض الحائز بطلب يقدمه طالب البيع ، وهو من رفض عرض الحائز ، بإعلان رسمى يوجه إلى الحائز وإلى المالك السابق ، يطلب

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٤٩١ من المشروع التمهيدى ، على وجه مطابق لما استقر عليه فى المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة ، تحت رقم ١١٧٠ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١٥٦ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٦٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١١٢ – ص ١١٤) .

التقنين المدنى السابق م ٥٨٤ / ٧٠٨ فقرة ثانية : ولا يجوز الرجوع عن تلك الزيادة إلا برضاء جميع أرباب الديون المسجلة .

فيه بيع العقار المطلوب تطهيره ، ويوقعه طالب البيع أو من يوكله توكيلا خاصاً فى ذلك .

وإذا كان المالك السابق غير المدين ، فإنه يجب إعلان المدين أيضاً بذلك . والغرض من إعلان المالك والمدين إعطاؤهما الفرصة لأداء الدين ، تفادياً من رجوع الحائز عليهما[١].

ويشترط فى طالب البيع أن يكون أهلا للتصرفات الدائرة بين النفع والضرر[٢] .

ويترتب على طلب أحد الدائنين أو أحد الكفلاء بيع العقار وجوب عرض العقار فى المزاد ، حتى لو قبل القيمة المعروضة من الحائز كل الدائنين والكفلاء ما عدا هذا الدائن أو الكفيل . إذ يتعلق بطلب هذا الدائن أو الكفيل حق الدائنين والكفلاء الآخرين ، فقد يكونون اعتمدوا عليه واستغنوا به عن أن يطلبوا هم البيع[٣] .

وقد سوى القانون بين الدائنين والكفلاء ، لأن كفلاء الدين المضمون برهن يكون لهم ، مثل الدائنين ، مصلحة فى وفاء الدين من قيمة العقار المرهون حتى لا يرجع عليهم بشىء .

وكل دائن قيد حقه يجوز له طلب البيع ، ولو كان حقه معلقاً على شرط[٤] . وليس للدائنين العاديين أن يتدخلوا فى إجراءات التطهير ، ولكن دائنى الدائن المقيد يستطيعون أن يستعملوا حق مدينهم الدائن المقيد بطريق الدعوى غير المباشرة[٥] .

---

(١) محمد كامل مرسى فقرة ١٧٥ .

(٢) سليمان مرقس فقرة ١٧٣ ص ٢٧١ .

(٣) بيدان وڤوران ١١١٧ – جرانمولان ٥٦٢ – عبد الفتاح عبد الباقى ٣٣٣ .

(٤) محمد كامل مرسى فقرة ١٧٤ .

(٥) سليمان مرقس فقرة ١٧٣ ص ٢٧٢ .

٢٩٩ — بيع العقار بالمزاد — نص قانونى : نصت المادة ١٠٦٩ مدنى على ما يأتى :

« ١ – إذا طلب بيع العقار ، وجب اتباع الإجراءات المقررة فى البيوع الجبرية . ويتم البيع بناء على طلب صاحب المصلحة فى التعجيل ، من طالب أو حائز ، وعلى من يباشر الإجراءات أن يذكر فى إعلانات البيع المبلغ الذى قوم به العقار » .

« ٢ – ويلتزم الراسى عليه المزاد أن يرد إلى الحائز الذى نزعت ملكيته المصروفات التى أنفقها فى سند ملكيته وفى تسجيل هذا السند وفيما قام به من الإعلانات ، وذلك إلى جانب التزاماته بالثمن الذى رسا به المزاد وبالمصروفات التى اقتضتها إجراءات التطهير »[1] .

ويرى من هذا النص أنه إذا رفض أحد الدائنين أو أحد الكفلاء عرض الحائز وطلب بيع العقار المرهون ، فإنه يجب بيع هذا العقار طبقاً للإجراءات المقررة فى البيوع الجبرية .

ويتم البيع بناء على طلب طالب البيع أو الحائز ، وعلى من يباشر إجراءات البيع أن يذكر فى إعلانات البيع المبلغ الذى قوم به الحائز العقار ، فإن هذا المبلغ إذا لم يجاوزه البيع فى المزاد انعقد البيع نهائياً للحائز ، وخسر طالب البيع ما استغرق من المبلغ الذى قدمه فى المصروفات .

ويجوز لكل شخص ، عدا الراهن والمدين إذا كان غير الراهن ، أن يدخل فى المزاد . فيدخل الدائن طالب البيع وأى دائن آخر ولو كان دائناً

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٤٩٢ من المشروع التمهيدى ، على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة ، تحت رقم ١١٧١ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١٥٧ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١٦٠٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١١٥ – ص ١١٦) .

التقنين المدنى السابق : لا مقابل .

عادياً ، ويدخل الحائز نفسه إذا أراد أن يزيد فيما عرضه ، وأى شخص أجنبى عن الدين وعن العقار المرهون .

ويجوز للحائز ، فى أى وقت قبل رسو المزاد ، أن يقف الإجراءات باعتباره مالكاً للعقار المرهون ، وأن يمنع البيع فى المزاد بدفع ديون الدائنين والمصروفات . ذلك أن البيع فى المزاد الغرض منه استيفاء الدائنين لحقوقهم ، فما داموا قد استوفوها لم يعد هناك محل للبيع الجبرى [1].

وقد لا يستعمل الحائز حقه فى ذلك ، وعند هذا يجب الاستمرار فى الإجراءات وبيع العقار المرهون فى المزاد .

فيرسو المزاد على الحائز أو على غير الحائز .

٣٠٠ — رسو المزاد على الحائز : ويرسو المزاد على الحائز فى حالتين :

(الحالة الأولى) إذا لم يعرض أحد من المزايدين ، أو الحائز نفسه إذا تقدم فى المزاد ، مبلغاً أكبر من المبلغ الذى قدره الحائز قيمة للعقار المرهون . فعند ذلك يرسو المزاد على الحائز بالمبلغ الذى سبق له أن قوم به العقار المرهون ، ويبقى مالكاً للعقار بموجب سند ملكيته الأصلى ، وتستقر الملكية له ، ولا يحتاج إلى تسجيل حكم مرسى المزاد . ويطهر العقار من كل حق مقيد عليه ، رهن رسمى أو حيازى أو اختصاص أو امتياز ، إذا دفع الحائز الثمن الذى سبق أن قوم به العقار . وتقع مصروفات البيع على الدائن طالب البيع [2] ، لأنه ظهر أنه كان متسرعاً عند ما طلب بيع العقار فى المزاد ، ولم يتقدم مزايد حتى هو بثمن أعلى من الثمن الذى قوم به الحائز قيمة العقار . ويرد إلى طالب البيع من المبلغ الذى أودعه خزانة المحكمة ما زاد على ما أنفق فى البيع من مصروفات ، فإذا كان المبلغ الذى أودعه خزانة المحكمة معادلا

---

(١) بيدان وفواران فقرة ١١٢٦

(٢) عبد الفتاح عبد الباقى ٣٣٤ .

لما صرف لم يسترد شيئاً ، وإذا كان أقل مما صرف وهذا نادر كان مديناً بالفرق بين المبلغ الذى صرف والمبلغ الذى أودعه خزانة المحكمة .

(الحالة الثانية) إذا عرض أحد المزايدين مبلغاً أكبر من المبلغ الذى قوم به الحائز العقار المرهون ، فزاد الحائز عليه ورسا عليه المزاد . فنى هذه الحالة ، يلتزم الحائز بالزيادة التى رسا بها المزاد عليه ، وتدفع هى وما قوم به الحائز العقار عند العرض للدائنين المرتهنين ، فإن بقى شىء منها كان للحائز لأنه سيبقى مالكاً للعقار . ويلتزم الحائز أيضاً بمصروفات البيع ، ويرد إلى طالب البيع كل ما أودعه خزانة المحكمة على ذمة هذه المصروفات . ويبقى الحائز مالكاً للعقار المرهون بموجب سند ملكيته الأصلى ، فلا يحتاج إلى تسجيل حكم مرسى المزاد . وإذا سجل الحائز حكم مرسى المزاد ، فلا تحصل منه رسوم نسبية إلا بمقدار الفرق بين ثمن المزاد والثمن الأصلى[١] . ويطهر العقار من كل حق مقيد ، إذا دفع الحائز الثمن الذى رسا به المزاد أو أودعه خزانة المحكمة . ويترتب على ذلك أن الكفيل الذى كفل وفاء الحائز بثمن الشراء الأصلى تبقى كفالته فى حدود هذا الثمن فلا يضمن ما ترتب من الزيادة على البيع فى المزاد ، وأنه إذا بقى شىء بعد وفاء الديون من ثمن المزاد فإن الزيادة للحائز[٢] ، وأن الحقوق العينية التى يكون الحائز قد قررها على العقار بعد أن تلقى ملكيته وقبل رسو المزاد تبقى نافذة .

وفى كلتا الحالتين يرجع الحائز ، إما على الراهن الذى تلقى منه حق ملكية العقار المرهون ، أو على المدين إذا كان غير الراهن . فيرجع على الراهن بدعوى الضمان ، وقد نصت على ذلك الفقرة الأولى من المادة ١٠٨٠ مدنى بقولها : « يرجع الحائز بدعوى الضمان على المالك السابق ، فى الحدود التى يرجع بها الخلف على من تلقى منه الملكية معاوضة أو تبرعاً » . فيرجع

---

(١) بيدان وفوارا ن ١١٢٧ .

(٢) بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٣٩٨٥ .

المشترى (الحائز) على البائع (الراهن) بما دفعه زيادة على الثمن الذى اشترى به ، ويرجع الموهوب له (الحائز) على الواهب (الراهن) إذا كانت الهبة بعوض وبالقدر الذى دفعه الموهوب له[1] . ويرجع على المدين غير الراهن بدعوى الإثراء بلا سبب ، للحصول على مقدار الدين الذى دفعه عنه دون أن يكون ملتزماً بدفعه فى سند ملكيته . وقد نصت المادة ٢/١٠٨٠ مدنى على أن « يرجع الحائز أيضاً على المدين بما دفعه زيادة على ما هو مستحق فى ذمته بمقتضى سند ملكيته أياً كان السبب فى دفع هذه الزيادة ، ويحل محل الدائنين الذين وفاهم حقوقهم ، وبوجه خاص يحل محلهم فيما لهم من تأمينات قدمها المدين دون التأمينات التى قدمها شخص آخر غير المدين » . فإذا دفع الحائز عن المدين مبلغاً لم يكن قد التزم بدفعه فى سند ملكيته ، جاز له الرجوع على المدين إما بدعوى الإثراء بلا سبب لكى يسترد ما دفعه عن المدين[2] ، أو بدعوى الحلول إذا كان الدين مضموناً بتأمينات أخرى غير العقار المرهون بشرط أن تكون هذه التأمينات مقدمة من المدين نفسه ، أما التأمينات المقدمة من غير المدين (كفيل عينى) فلا يحل فيها الحائز ، لأن الكفيل العينى يكون قد اعتمد على وفاء الدين من العقار المرهون فلا يرجع عليه إلا إذا كان العقار المرهون لم يف بالدين[3] .

٣٠١ — رسو المزاد على غير الحائز : وإذا رسا المزاد على غير الحائز ، سواء كان الدائن طالب البيع أو أى دائن آخر ولو كاف عادياً أو أى شخص أجنبى ، انتقلت ملكية العقار المرهون إلى الراسى عليه المزاد ، وطهر العقار من الحقوق المقيدة عليه ، ووجب تسجيل حكم مرسى المزاد وحصل على تسجيله رسوم نسبية كاملة[4] . والتزم الراسى عليه

---

(١) پلانيول وريپير وبولانچيه ٢ فقرة ٣٩٨٤ — بيدان وڤواران فقرة ١١٢٨ .

(٢) بيدان وڤواران فقرة ١١٢٨ .

(٣) سليمان مرقس فقرة ١٧٥ ص ٢٧٥ .

(٤) بيدان وڤواران فقرة ١١٣١ .

المزاد بأن يدفع ، فوق العطاء الذى تقدم به ، المصروفات التى أنفقها الحائز فى سند ملكيته وفى تسجيل هذا السند وفيما قام به من الإعلانات ، وكذلك المصروفات التى اقتضتها إجراءات التطهير ويغلب أن يكون طالب البيع قد عجلها . وقد رأينا الفقرة الثانية من المادة ١٠٦٩ مدنى تنص على ما يأتى : « ويلتزم الراسى عليه المزاد أن يرد إلى الحائز الذى نزعت ملكيته المصروفات التى أنفقها فى سند ملكيته وفى تسجيل هذا السند وفيما قام به من الإعلانات ، وذلك إلى جانب التزامات بالثمن الذى رسا به المزاد وبالمصروفات التى اقتضتها إجراءات التطهير » .

وقد اختلف القضاء والفقه فى فرنسا فيما إذا كان غير الحائز الذى رسا عليه المزاد يتلقى الملكية من الحائز ، أو يتلقاها ممن تلقى الحائز الملكية منه مع فسخ سند الحائز .

فذهب القضاء إلى أنه يتلقاها ممن تلقى الحائز الملكية منه مع فسخ سند الحائز ، استناداً إلى نص المادة ٢١٨٨ مدنى فرنسى التى توجب على الراسى عليه المزاد أن يدفع إلى الحائز كل ما أنفقه فى سند ملكيته وتسجيله وإعلانات العرض وإجراءات التطهير ، ويؤخذ من ذلك أن المشرع رغب فى إخراج الحائز من هذه الصفقة كأنه لم يدخلها[1].

ويذهب الفقه الفرنسى إلى أن ملكية الحائز تبقى له إلى حين رسو المزاد على الغير ، ويعتبر الغير الراسى عليه المزاد متلقياً الملكية من الحائز ، وأن سند الحائز لا ينفسخ . ولا فرق بين رسو المزاد بعد نزع الملكية نتيجة لاتخاذ إجراءات التطهير وبين رسو المزاد بعد نزع الملكية فى الأحوال العادية ، أما حكم المادة ٢١٨٨ مدنى فرنسى فيضمن للحائز الحصول على

---

(١) بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٣٩٨٨ – فقرة ٣٩٨٩ .

ما أنفق من أقرب طريق ممكن وهو طريق الراسى عليه المزاد ، لا من سلفه الذى يغلب أن يكون قد أصبح معسراً[1] .

والخلاف بين الفقه والقضاء فى فرنسا يقتضى ما يأتى : (١) فيما يتعلق بالضمان ، يرجع الراسى عليه المزاد بالضمان على الحائز فى الفقه ، ويرجع به على المالك قبل الحائز فى القضاء . (٢) من حيث الثمار ، لا يلزم الفقه الحائز بردها ، ويلزمه القضاء بذلك . (٣) فى الرهون المستجدة : يعتبر الفقه الحائز هو المالك ورهونه نافذة ، ويعتبر القضاء المالك السابق هو المالك ورهونه هى النافذة . (٤) فيما يتعلق بزيادة الثمن الراسى به المزاد على الديون والمصروفات ، يعتبرها الفقه من حق الحائز ، ويعتبرها القضاء من حق المالك السابق .

وقد أخذ التقنين المدنى المصرى الجديد برأى الفقه ، فنص فى المادة ١٠٧٦ مدنى على أنه « إذا رسا المزاد فى الأحوال المتقدمة على شخص آخر غير الحائز فإن هذا الشخص الآخر يتلقى حقه عن الحائز بمقتضى حكم مرسى المزاد » . وعلى ذلك يرجع الراسى عليه المزاد على الحائز بالضمان ، ولا يلتزم الحائز برد الثمار إلا من وقت إنذاره بالدفع أو التخلية فإذا تركت الإجراءات مدة ثلاث سنوات فلا يرد الثمار إلا من وقت أن يوجه إليه إنذار جديد (م ١٠٧٩ مدنى) ، وينفذ الرهن الذى قرره الحائز ولذلك يتعين إدخال الدائنين المرتهنين من الحائز فى الإجراءات حتى يسرى فى حقهم حكم مرسى المزاد ويطهر العقار من رهونهم ، وزيادة الثمن تكون للحائز (م ١٠٧٧ مدنى) .

ووقع خلاف فى الوقت الذى يتم فيه تطهير العقار ، أبمجرد تسجيل الحكم بمرسى المزاد ، أم يشترط قيام الراسى عليه المزاد بدفع الثمن ؟ وقد أخذ التقنين المدنى المصرى الجديد بالرأى الثانى ، إذ جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « والمبلغ الذى يرسو به المزاد يودع خزينة

---

(١) بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٣٩٩٠ – فقرة ٣٩٩١ – أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٩٤ هامش ١٠٩ وما بعده .

المحكمة ، أو يدفع للدائنين حسب مراتبهم ، فتنقضى الرهون وتمحى القيود ، ويتم بذلك تطهير العقار »[١] .

د – متى يمتنع التطهير – مصروفاته

٣٠٢ – متى يمتنع التطهير : الغرض من التطهير هو الوصول إلى قيمة مناسبة للعقار المرهون فيما إذا قبل عرض الحائز ، أو الوصول إلى أعلى قيمة للعقار المرهون فيما إذا رفض عرض الحائز وبيع العقار بالمزاد الجبرى ورسا مزاده بثمن أعلى مما قوم به الحائز العقار .

وهناك أحوال لا يكون التطهير فيها لازماً فيمتنع ، ويكتفى بالثمن الذى وضعه الحائز فى العقار ، ويقوم التصرف مقام التطهير[٢].

من هذه الأحوال أن يكون الدائنون قد ساهموا فى جعل العقار يرسو فى المزاد . فنفرض مثلا أن الحائز قد رسا عليه مزاد العقار المرهون ، ودخل فى المزاد أناس كثيرون منهم الدائنون المرتهنون وحاول الجميع الحصول على العقار ، ولكن الحائز أعطى فيه أكبر ثمن ممكن ، فرسا المزاد عليه . فهذا دليل على أن الثمن الذى رسا به مزاد العقار أوصله إلى أعلى قيمة ممكنة فلا يؤمل بعد ذلك الوصول إلى قيمة أعلى منها . فى مثل هذه الحالة يمتنع التطهير ، ويكتفى بالثمن الذى دفعه الحائز للحصول على العقار .

وقد يكون العقار عرض على الجمهور ، بحيث أصبح لا تؤمل زيادة ثمنه على الثمن الذى اشترى به الحائز للعقار . ويكون ذلك فى حالة رسو المزاد ، فى بيع العقار بالمزاد الجبرى . لنفرض مثلا أن الحائز اشترى العقار فى المزاد الجبرى ، حيث زايد فيه الناس كافة ، ورسا المزاد أخيراً على على الحائز . فهنا أيضاً يمكن افتراض أن الثمن الذى رسا به المزاد على الحائز

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٢٠ – انظر فى ذلك سليمان مرقس فقرة ١٧٦

(٢) L'aléaation vaut purge

هو أعلى ثمن للعقار ، وأنه لا فائدة من تطهيره . فيمتنع التطهير ، ويكتفى بالثمن الذى رسا به مزاد العقار على الحائز باعتبار أنه هو أنسب ثمن . وفى حالة رسو المزاد بعد التقرير بالزيادة ، يكون ما يرسو به العقار على المزايد الذى رفع أكبر ثمن هو الثمن المناسب للعقار .

وقد نصت المادة ٦٧٥ من قانون المرافعات المختلط الملغى على أن « حكم مرسى المزاد المسجل بحسب الأصول يطهر العقار من كل الرهون التأمينية ، ولا يكون للدائنين سوى الحق فى الثمن » . ولم يأت قانون المرافعات الأهلى الملغى بنص يقابل المادة ٦٧٥ مرافعات مختلط ، ولكن كان الرأى العمل بحكم هذه المادة ، لأن القانون الأهلى يوجب إدخال الدائنين فى إجراءات البيع وفى إجراءات التوزيع ، وينص على انتهاء إجراءات التوزيع بشطب رهونهم ولو لم يبق لهم من ثمن البيع ما يستوفون منه حقوقهم . ولأنه نص فى المادة ٤٤ من قانون تنظيم الشهر العقارى على أن « تجديد القيد واجب حتى أثناء الإجراءات التى تتخذ لنزع ملكية العقار المثقل بالحق العينى ، ولكنه لا يكون واجباً إذا انقضى الحق أو طهر العقار ، وبوجه خاص إذا بيع العقار قضاء وانقضى ميعاد زيادة العشر » .

ويعتبر التطهير أيضاً غير مجد وغير لازم فى حالة نزع الملكية للمنافع العامة ، ولكن ذلك يرجع لأسباب أخرى غير الأسباب التى تقدم ذكرها ، إذ لا يمكن عرض العقار المنزوع ملكيته للمنافع العامة للبيع بالمزاد[1].

وبوجه عام ، إجراء التطهير لا يكون إلا فى الحالات التى ينتقل فيها العقار إلى الحائز وهو محمل بالرهن . وعلى ذلك إذا كان من طبيعة التصرف الذى رتب الملكية للحائز تحرير العقار من الرهن ، فلا يكون هناك داع لإجراء التطهير ، إذ يكون العقار قد انتقل إلى الحائز محرراً بالفعل مما يثقله من ديون . ويلاحظ أن التصرف ، وإن ترتب عليه تطهير العقار من الرهن ،

---

(١) انظر فى ذلك محمد كامل مرسى فقرة ١٨١ — سليمان مرقس فقرة ١٧٧ .

لا يؤدى إلى الإضرار بالدائن المرتهن . فنى حالة التنفيذ على العقار ، يكون البيع بالمزاد العلنى وبإشراف القاضى ، ويشترك الدائن المرتهن فى إجراءات التنفيذ ، وبذلك تعطى الفرصة لأن يأتى العقار بأكبر ثمن ممكن . وفى حالة نزع الملكية ، يقرر القانون من الأحكام ما يكفل بها الحصول على تعويض عادل . وعلى ذلك فالتصرف الذى يحرر العقار من الرهن يحرره مع ضمان الحصول على أكبر قيمة ممكنة للعقار ، وهذه هى نفس وظيفة التطهير[١].

٣٠٣ — مصروفات التطهير : لا يوجد نص عام يحدد من يتحمل مصروفات التطهير ، ولكن يوجد نصوص متفرقة ، وقواعد قانونية .

فإذا قبل الدائنون المرتهنون عرض الحائز ، تحمل الحائز نفقات الإعلانات الموجهة لهؤلاء الدائنين . على أن للحائز أن يرجع بهذه النفقات على مملكه إذا كان له حق الرجوع عليه بالضمان ، كما إذا تملك العقار المرهون بمقابل ، ولم يتفق على تحمله مصروفات التطهير .

أما إذا بيع العقار بالمزاد ، بأن رفض الدائنون المقيدون عرض الحائز ، التزم الراسى عليه المزاد بدفع المصروفات التى اقتضتها إجراءات التطهير ، وذلك بجانب التزامه بدفع الثمن الذى رسا به المزاد عليه (م ١٠٦٩/٢ مدنى) . ويكون للحائز ، إذا رسا المزاد عليه ، أن يرجع بها على مملكه بدعوى الضمان إذا توافرت شروط هذه الدعوى[٢].

وإذا كان التصرف الذى أعقبه التطهير عقد بيع ، فالأصل أن البائع هو الذى يتحمل مصروفات التطهير ، لأنه ملزم بتسليم العقار خالياً من كل رهن . ولكن قد يشترط البائع غير ذلك ، فيلزم المشترى (الحائز) بدفع هذه المصروفات[٣].

---

(١) انظر فى ذلك عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٣٢٤ .

(٢) عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٣٣٨ .

(٣) بودرى ودى لوان فقرة ٢٣٦٣ – جرانمولان فقرة ٥٥٦ – نقض فرنسى ١٠ يونيه سنة ١٩٠٧ دالوز ١٩٠٧ – ١ – ٣١٩ .

وإذا كان العقد من غير مقابل ، فالمصروفات على الحائز[١] .

§ ٣ – تخلية العقار

(Délaissement hypothécaire)

٣٠٤ – الغرض من التخلية : التخلية هي أن يترك الحائز العقار ، ويكون ذلك في يد حارس[٢] أو أمين للعقار[٣] تعينه المحكمة ، ليتخذ الدائنون إجراءات نزع الملكية في مواجهة هذا الحارس ، بدلا من أن يكون ذلك في مواجهة الحائز نفسه . وذلك حتى لا تبدأ الإجراءات أو تستمر في مواجهة الحائز ، ولا يظهر اسم هذا في الإعلانات ، حتى لا تسوء سمعته المالية وتكون الإجراءات سبباً في أن يشتهر بالإعسار ، وحتى يتخلص من مسئولية إدارة العقار بعد أن ألحقت ثماره به من وقت الإنذار[٤] .

ويجب ألا تقيد التخلية بأي شرط[٥] ، فتشمل كل العقارات المرهونة التي تكون في يد الحائز بصفته هذه ، فإذا كان الحائز قد تصرف قبل الإجراءات الموجهة إليه في جزء من العقارات ، وقعت التخلية في الباقي منها[٦] .

والتخلية هي من النظم القانونية المتخلفة عن القانون الروماني ، وكان من أهم حقوق الدائن المرتهن في القانون الروماني عند حلول أجل حقه وعدم

---

(١) بودري ودي لوان فقرة ٢٣٦٣ – جرانمولان فقرة ٥٥٦ – وانظر في ذلك محمد كامل مرسي فقرة ١٧٩ .

(٢) séquestre

(٣) curateur

(٤) بيدان وفواران ١١٧٩ – بلانيول وريبير وبيكيه ١٣ فقرة ١١٤٤ – جرانمولان ٤٨٣ – محمد كامل مرسي ١٨٣ .

(٥) م٢١٨٦ مدني فرنسي : يجب أن تجرى من غير أي تحفظ(sans aucune réserve).

(٦) هيك ١٤ فقرة ٣٥ – جيوار فقرة ١٦٧٣ – بودري ودي لوان فقرة ٢١٨١ .

الوفاء به ، أن يدخل فى حيازة العقار المرهون ويستولى عليه من مالكه . وتطور الأمر فلم يعد من حق الدائن المرتهن أن يستولى على حيازة العقار المرهون ، بل أن يطلب بيعه فى المزاد العلنى ، ومع ذلك بقيت فكرة التخلية ، وأصبحت حقاً للحائز لا للدائن المرتهن[1].

ويترتب على التخلية ، لا وقف الإجراءات ، ولكن تحويل مجراها . فبعد أن كانت تتخذ فى مواجهة الحائز ، أصبحت تتخذ فى مواجهة الحارس أى أمين العقار[2] .

٣٠٥ — من له الحق فى التخلية . والتخلية مقررة للحائز ، للأسباب التى تقدم ذكرها . والحائز غير مسئول عن الدين ، فيحق له أن يتفادى إجراءات البيع فى مواجهته[3] .

غير أن الحائز قد يصبح مسئولا عن الدين لسبب لاحق ، فعندئذ لا تجوز له التخلية . مثل ذلك أن يجبر الحائز على قضاء الديون فى حالة من الحالتين اللتين نصت عليهما المادة ١٠٦٣ مدنى ، «وفى كلتا الحالتين لايجوز للحائز أن يتخلص من التزامه بالوفاء للدائنين بتخليه عن العقار ، ولكن إذا هو وفى لهم فإن العقار يعتبر خالصاً من كل رهن ، ويكون للحائز الحق فى طلب محو ما على العقار من القيود» (م ٣/١٠٦٣ مدنى) . وإذا عرض الحائز تطهير العقار فقبل العرض ، أصبح ملزماً بدفع المبلغ الذى قوم به العقار ، ولم يجز له أن يلجأ إلى التخلية . أما إذا رفض العرض وشرع الدائنون فى إجراءات البيع ، فإن الحائز لم يصبح ملاماً بما عرض ، ومن ثم تجوز له تخلية العقار[4].

---

(١) أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٨٧ – مازو ٣ فقرة ٤٩٨ – سمير تناغو فقرة ٥٨ .

(٢) بيدان وفواران ١٤ فقرة ٧١ – سمير تناغو فقرة ٥٨ .

(٣) استئناف مختلط ١٣ نوفمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ٢١ .

(٤) أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٨٧ – بيدان وفواران ١٣ فقرة ١١٧٣ – پلانيول وريپير وبيكيه ١٣ فقرة ١١٤٦ – كولان وكاپيتان ٢ فقرة ١٨١٣ – چوسران ٢ فقرة ١٩٠٥ – سمير تناغو فقرة ٥٩ .

ويجب أن تتوافر فى الحائز ، حتى يستطيع تخلية العقار ، أهلية للتصرف ، لأن التخلية معناها الاعتراف بحقوق الدائنين المقيدين ، والنزول عن كل دفع يستطيع أن يدفع به إجراءاتهم ، وهذا كله من أعمال التصرف[١] . وهناك من ينكر أن التخلية من أعمال التصرف لأن الحائز إنما يتخلى عن الحيازة المادية للشىء لا عن ملكيته ولا عن حيازته القانونية ، مع الاعتراف فى الوقت نفسه بخطورة التخلية مما يجعلها فى حكم أعمال التصرف[٢].

وإذا لم يكن المدين الشريك فى الدين متضامناً ، ودفع حصته فى الدين ، لم يعد مديناً وجازت له تخلية العقار[٣] . وليس للحائز طلب التخلية إذا تعهد للدائنين المقيدين ، سواء فى عقد تملكه أو فى اتفاق لاحق ، بأن يدفع لهم الثمن ، لأن هذا التعهد يجعله ملزماً شخصياً ويترتب عليه حرمانه من حق التخلية[٤] . أما إذا كان الحائز قد تعهد للبائع ، فإن هذا التعهد يعتبر اشتراطاً لمصلحة الغير ، ويجوز للدائنين أن يقبلوا الشرط فيرجعوا على المشترى بالثمن ولا تجوز التخلية ، أو يرفضوه ويلجأوا إلى دعوى الرهن فيكون للحائز طلب التخلية[٥] .

وليس لبعض الحائزين حق التخلية ، فليس لمن يرسو عليه المزاد

---

(١) أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٨٧ وهامش ٤٣ – بيدان وفواران ١٤ فقرة ١١٧٦ – پلانيول وريپير وبيكيه ١٣ فقرة ١١٤٧ – كولان وكاپيتان ٢ فقرة ١٨١٣ – سمير تناغو فقرة ٥٩ .

(٢) أنسيكلوپيدى داللوز ٢ ص ٩٢٩ فقرة ٤٠٢ – محمد كامل مرسى فقرة ١٨٦ – سليمان مرقس فقرة ١٧٧ ص ٢٨٢ .

(٣) هيك فقرة ٣٥ – جيوار فقرة ١٦٧٧ – أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٨٧ ص ٧٢٨ هامش ٣٦ – محمد كامل مرسى فقرة ١٨٤ ص ٢٥٢ .

(٥) لوران فقرة ٢٩٣ – جيوار فقرة ١٦٧٥ – بودرى ودى لوان فقرة ٢١٨٤ – أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٨٧ ص ٧٢٨ – محمد كامل مرسى فقرة ١٨٤ ص ٢٥٢ .

(٦) هيك فقرة ٣٣ – پون فقرة ١١٨٠ – بودرى ودى لوان فقرة ١٨٥ – أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٨٧ هامش ٣٧ وهامش ٣٩ – محمد كامل مرسى فقرة ١٨٤ ص ٢٥٣ .

للحاصل بالمحكمة التخلي عن العقار ، بل يجبر على أن يدفع لأصحاب الديون المقيدة الثمن الذى رسا به المزاد عليه ، وليس عليه دفع شيء زيادة على ذلك[1] . كذلك لا يكون للحائز الحق فى التخلية إذا كان لم يدفع الثمن وكان يكفى لقضاء الديون المقيدة ، أو كان الباقى من الثمن يكفى لقضائها ، وللبائع أن يعترض على التخلية ، حتى لو كان الدائنون قد بدأوا الإجراءات[2]. وإذا كانت الديون المقيدة أكثر من الثمن ، ولكن اكتفى جميع أرباب الديون بالثمن وقبلوا محو القيود مقابل دفع هذا الثمن ، فلا يجوز للحائز طلب التخلية[3].

والكفيل العينى يستطيع أيضاً أن يتخلى عن العقار ، وقد سوى المشرع بينه وبين الحائز فيما يتعلق بالتخلية ، فنصت المادة ٢/١٠٥١ مدنى على ما يأتى : « وإذا كان الراهن شخصاً آخر غير المدين ، جاز له أن يتفادى أى إجراء موجه إليه إذا هو تخلى عن العقار المرهون وفقاً للأوضاع وطبقاً للأحكام التى يتبعها الحائز فى تخليه العقار[4] » .

ويلاحظ أن من له حق التخلية ، من حائز أو كفيل عينى ، إنما يتخلى

---

(١) نقض مدنى ٩ مارس سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ١١٠ ص ١٩٨ .

(٢) جيوار فقرة ١٦٧٨ – بودر ودى لوان فقرة ٢١٨٧ – جرانمولان فقرة ٤٨٦ .

(٣) هيك ١٤ فقرة ٣٣ – جيوار فقرة ١٦٧٨ – بودر ود لوان فقرة ٢١٨٧ . وانظر فى ذلك محمد كامل مرسى فقرة ١٨٥ .

(٤) ويقول الأستاذ شمس الدين الوكيل : « إن الكفيل العينى فى تقديرنا تتوافر فيه صفة المديونية ، ولكنه يحدد المسئولية عنها فى نطاق العقار المرهون فقط . وهو بذلك يمتنع عليه التطهير باعتبار أنه مسئول عن أداء الدين فى الحدود المتقدمة . ولكن ليس ثمة ما يمنع من السماح له بتخلية العقار لتوافر الهدف من تقرير هذه الوسيلة القانونية . فكل ما يسعى إليه الكفيل هنا هو ترك الحيازة العرضية ، حتى يتجنب إشراكه فى إجراءات نزع الملكية . وهو باتخاذ هذا الموقف يستند إلى أنه مدين تابع ، وأنه لا ضرر على الدائنين من انسحابه أثناء التنفيذ على العقار » (شمس الدين الوكيل فقرة ١١٦ ص ٣٠٩ – وانظر أيضا سمير تناغو فقرة ٩٥) .

عن العقار المرهون ، لا فى ملكيته ، ولا فى حيازته القانونية . وإنما يتخلى عن الحيازة المادية للعقار المرهون ، وذلك للحارس أو أمين العقار ، حتى تتخذ الإجراءات فى مواجهة هذا الحارس أو الأمين ، بدلا من اتخاذها فى مواجهة الحائز أو الكفيل العينى .

٣٠٦ — ميعاد التخلية : يكون للحائز طلب التخلية من وقت إنذار الدائنين إياه بالدفع أو التخلية ، وذلك لأن قضاء الديون يجوز لكل شخص بمجرد حلول أجل الدين ، ولأن التطهير ورد فى شأنه المادة ٢/١٠٦٤ تجيز الالتجاء إليه حتى قبل أن يوجه الدائنون المرتهنون التنبيه إلى المدين أو الإنذار إلى الحائز ، ولم يرد بشأن التخلية نص مماثل ، فوجب أن تبدأ من وقت إنذار الدائنين للحائز بالدفع أو التخلية[١] .

ويبقى هذا الحق قائماً إلى تاريخ رسو مرسى المزاد ، إلا أنه لا يحدث عملا أن يتأخر الحائز إلى هذا الوقت ، لأن الإجراءات تكون قد اتخذت فى مواجهته شخصياً وهو لا يريد ذلك[٢] . وقد كان التقنين المدنى المختلط ينص صراحة على جواز ذلك ، إذ جاء فى المادة ٦٩٩ مدنى مختلط أن « يبقى كل من الحق فى عرض المبلغ الكافى لوفاء الدين والحق فى تخلية العقار لحين بيع العقار فى المزاد بعد حجزه » .

٣٠٧ — إجراءات التخلية — نص قانونى : نصت المادة ١٠٧١ مدنى على ما يأتى :

« ١ — تكون تخلية العقار المرهون بتقرير يقدمه الحائز إلى قلم كتاب المحكمة الابتدائية المختصة ويجب عليه أن يطلب التأشير بذلك فى هامش

---

(١) سليمان مرقس فقرة ١٨١ .

(٢) محمد كامل مرسى فقرة ١٨٧ — عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٢٤٢ — سليمان مرقس فقرة ١٨١ — سمير تناغو فقرة ٦٠ .

تسجيل التنبيه بنزع الملكية ، وبأن يعلن الدائن المباشر للإجراءات بهذه التخلية فى خلال خمسة أيام من وقت التقرير بها » .

« ٢ - ويجوز لمن له مصلحة فى التعجيل أن يطلب إلى قاضى الأمور المستعجلة تعيين حارس تتخذ فى مواجهته إجراءات نزع الملكية ، ويعين الحائز حارساً إذا طلب ذلك »[1] .

وجاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ما يأتى : « ١ - إذا لم يدفع الحائز الدين ولم يلجأ إلى التطهير ، بقى أمامه أن يخلى العقار ، حتى يكفى نفسه المؤونة فى مواجهة إجراءات التنفيذ ، وحتى يتقى الظهور فى هذه الإجراءات شخصا تنزع ملكيته بما ينطوى على ذلك من مساس بسمعته . وتكون التخلية بتقرير يقدمه أمام قلم كتاب محكمة العقار ، ويؤشر به فى هامش تسجيل تنبيه نزع الملكية . ويعلن الدائن المباشر للإجراءات بالتخلية فى مدى خمسة أيام من وقت التقرير بها ، وهذا إجراء ضرورى لم يرد ذكره فى التقنين الحالى (السابق) . ٢ - فاذا خلى الحائز العقار ، لم يعد من الممكن الاستمرار فى اتخاذ إجراءات التنفيذ فى مواجهته ، ولو أنه يبقى مالكا للعقار . ويجوز لكل ذى مصلحة ، كالدائن أو الراهن أو الحائز نفسه ، أن يطلب إلى قاضى الأمور المستعجلة تعيين حارس تتخذ الإجراءات فى مواجهته .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٤٩٤ من المشروع التمهيدى ، على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . وأقرته لجنة المراجعة ، تحت رقم ١١٧٣ فى المشروع النهائى . وأقره مجلس النواب تحت رقم ١١٥٩ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٧١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٢١ - ص ١٢٤) .

التقنين المدنى السابق م ٥٨٥ / ٧٠٩ : تكون تخلية العقار بتقرير من حائزه ، فى قلم كتاب المحكمة الابتدائية الكائن بدائرتها العقار .

م ٥٨٦ / ٧١١ : يعين بمعرفة قاضى المواد الجزئية ، بناء على عريضة من يطلب التعجيل من الأخصام ، أمين للعقار المخلى ، وتحصل فى مواجهته الإجراءات المتعلقة بالبيع القهرى ، ويجوز تعيين الحائز لهذه المأمورية إذا طلبها .

ويجب تعيين الحائز حارساً ، لا باعتباره حائزاً فيتعرض المساس بالسمعة ، وإن كان لا يتفادى مواجهة إجراءات التنفيذ»[1] .

فتخلية العقار المرهون تكون بتقرير يقدمه الحائز إلى قلم كتاب محكمة العقار ، ويؤشر بهذا التقرير فى هامش تسجيل التنبيه بنزع الملكية ، ويعلن الدائن المباشر للإجراءات بهذه التخلية فى خلال خمسة أيام من يوم التقرير بها . ولم يكن التقنين المدنى السابق يذكر وجوب إعلان التقرير إلى الدائن المباشر للإجراءات ، مع أن هذا إجراء لازم ليعلم هذا الدائن بالتخلية فيطلب تعيين حارس تتخذ فى مواجهته الإجراءات .

ويعلن التقرير أيضاً إلى المدين ، وينبه عليه كما ينبه على الدائن المباشر للإجراءات ، بالحضور للمحكمة لسماع الحكم بالتخلية[2] ، ويجوز عندئذ الاعتراض على التخلية إن كان لذلك محل . وإذا قبل كل من المدين والدائن التخلية ، فإن التنبيه عليهما بالحضور للمحكمة يكون غير لازم[3] .

وعند ذلك تتوقف الإجراءات ، إلى أن يطلب كل ذى مصلحة ، من دائن أو راهن أو الحائز نفسه ، تعيين الحارس . ويقدم طلب تعيين الحارس إلى قاضى الأمور المستعجلة ، فيعين حارساً أو أميناً للعقار تتخذ فى مواجهته إجراءات نزع الملكية . وقد يطلب الحائز تعيينه حارساً ، فيجب على قاضى الأمور المستعجلة تعيينه . على أن طلب الحائز تعيينه حارساً أمر نادر ، لأنه لو أراد أن تكون الإجراءات فى مواجهته لما تخلى عن العقار . على أن الحائز قد يطلب تعيينه حارساً ، فيعين لا باعتباره حائزاً ، وبذلك يتوقى المساس بسمعته المالية ، وإن كان لا يتفادى مواجهة إجراءات التنفيذ .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٢٢ .

(٢) استئناف مختلط ١٢ نوفبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ٢١ .

(٣) بودرى ودى لوان ٢١٩٢ — أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٨٧ هامش ٤٣ مكرر وهامش ٤٤ .

وإذا لم يراع إجراء من هذه الإجراءات ، كانت التخلية باطلة ، وللدائن المباشر للإجراءات أن يستمر فيها فى مواجهة الحائز نفسه .

٣٠٨ — الرجوع عن التخلية بعد تقريرها : ويجوز للحائز الذى قرر تخليه عن العقار المرهون أن يرجع فى ذلك ، فإن له حتى وقت رسو المزاد أن يدفع الديون لأرباب الديون المقيدة ، وإذا فعل فإنه يخلص عقاره (م ١٠٦١ مدنى)[١].

ويترتب على أن الحائز يعمد إلى دفع الديون للدائنين المقيدين أن التخلية لا تنتج آثارها ، إذ يدفع الديون لاتخاذ إجراءات نزع الملكية . ولكن يجب ، لتخليص العقار ، أن يقوم الحائز بدفع الديون كلها بفوائدها ومصروفاتها حتى يتخلص العقار من قيود هذه الديون[٢] .

٣٠٩ — ما يترتب على التخلية : لا يتخلى الحائز عن ملكية العقار ، ولا عن حيازته القانونية ، ولكن عن حيازته المادية فحسب[٣].

فيظل الحائز مالكاً ، ويجوز له أن يتصرف فى العقار إلى وقت تسجيل تنبيه نزع الملكية[٤] . ويظل حائزاً ، ولذلك تستمر مدة التقادم التى بدأت لمصلحته فى كسب حق ما[٥]. ولما كانت التخلية لا يترتب عليها نقل حق على العار ، فانه لا يجب فى شأنها التسجيل[٦] .

---

(١) بيدان وفواران فقرة ١١٨٠ — پلانيول وريپير وبولانجيه ٢ فقرة ٣٨٩٠ — محمد كامل مرسى فقرة ١٨٩ — عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٣٤٤ — سليمان مرقس فقرة ١٨٢ .

(٢) بيدان وفواران فقرة ١١٨٠ — پلانيول وريپير وبولانجيه ٢ فقرة ٣٨٩٠ — محمد كامل مرسى فقرة ١٨٩ — عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٣٤٤ — سليمان مرقس فقرة ١٨٢ .

(٣) أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٨٧ — پلانيول وريپير وبيكيه ١٣ فقرة ١١٥٣ — سمير تناغو فقرة ٦١ .

(٤) كولان وكاپيتان ٢ فقرة ١٨١٤ — سمير تناغو فقرة ٦١ .

(٥) پلانيول وريپير وبيكيه ١٣ فقرة ١١٥٣ .

(٦) بيدان وفواران ١٤ فقرة ١١٨٠ — پلانيول وريپير وبيكيه ١٣ فقرة ١١٥٣ .

وبمجرد التخلية تتوقف الاجراءات فى مواجهة الحائز ، ولصاحب المصلحة أن يطلب إلى قاضى الأمور المستعجلة تعيين حارس تتخذ فى مواجهته إجراءات بيع العقار فى المزاد ، وإجراءات بيع العقار فى المزاد لا تختلف ، سواء اتخذت فى مواجهة الحارس أو اتجهت فى مواجهة الحائز نفسه . ولذلك يرى بعض الفقهاء أن نظام التخلية لا يحقق نفعاً كبيراً[1] ، ولكن هذا النظام يحقق للحائز تجنب ظهور اسمه فى إجراءات نزع ملكية العقار المرهون ، ويجنبه مشقة إدارة العقار المرهون . ويحقق للدائن المرتهن اعتراف الحائز بحقه ، ونزوله عن كل دفع يستطيع توجيهه إلى الدائن .

٣١٠ — آثار التخلية : ومن آثار التخلية ما يأتى :

(١) إذا انقضى الرهن لأى سبب من الأسباب ، فإن للحائز أن يسترجع العقار[2].

(٢) الرهون التى يقررها الحائز على العقار المخلى بعد التخلية تكون صحيحة ، ويدخل الدائنون المرتهنون بعد التخلية فى الثمن الراسى به المزاد بحسب درجة رهونهم[3] .

(٣) إذا هلك العقار بحادث جبرى قبل رسو المزاد ، فإن الهلاك يكون على الحائز ، ولا يبرأ من الثمن الذى يكون فى ذمته[4].

(٤) إذا رسا المزاد بثمن أعلى من الدين المضمون ، فإن الزائد يكون من حق الحائز[5] .

---

(١) بلانيول وريبير وبيكيه فقرة ١١٤٤ — كولان وكابيتان ٢ فقرة ١٨١٢ — سمير تناغو فقرة ٦١ ص ١٨٨ .

(٢) بيدان ٢ فقرة ١٩٤٣ .

(٣) لوران ٣١٨ — هيك ٤٩ — جيوار ١٦٨٥ — بودرى ودى لوان ٢١٩٥ — محمد كامل مرسى فقرة ١٩٠ .

(٤) بون ١٢١٦ — جيوار ١٦٨٥ — بودرى ودى لوان ٢١٩٥ .

(٥) لوران ٢٩٨ — هيك ٣٧ — جيوار ١٦٨٣ — بودرى ودى لوان ٢١٩٥ =

(٥) يكون للحائز ، حتى رسو المزاد ، أن يسترجع العقار بقضاء الدين المضمون بالرهن ومصروفات الإجراءات[١].

فالحائز للعقار الذى يتخلى عنه يكون فى نفس المركز الذى يكون فيه الحائز للعقار الذى لا يتخلى عنه ويتحمل إجراءات نزع الملكية[٢] .

٣١١ — بعد التخلية : فإذا تمت التخلية وعين حارس للعقار ، اتخذت إجراءات بيع العقار المرهون فى مواجهة الحارس ، لا فى مواجهة الحائز . ولا تختلف الإجراءات عن تلك التى تكون موجهة إلى الحائز .

ويجوز للحائز أن يدخل فى المزاد ، وأن يرسو المزاد عليه ، كما فى حالة البيع نتيجة لاتخاذ إجراءات التطهير ، وكما فى حالة نزع الملكية فى مواجهة الحائز نفسه .

فإذا رسا المزاد على غير الحائز ، انتقلت الملكية من الحائز إلى الراسى عليه المزاد ، وطبقت الأحكام التى تتعلق بنزع ملكية الحائز .

وإذا رسا المزاد على الحائز ، تأيدت ملكيته ، وطبقت أحكام رسو المزاد على الحائز فى حالة بيع العقار للحائز نتيجة لاتخاذ إجراءات التطهير[٣] .

§ ٤ — تحمل إجراءات نزع الملكية

٣١٢ — نص قانونى : نصت المادة ١٠٧٢ مدنى على ما يأتى :

= و ٢٢١٧ — أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٨٧ ص٢٣٨ هامش ٤٥ مكرر وهامش ٦١ — محمد كامل مرسى فقرة ١٩٠ .

(١) محمد كامل مرسى فقرة ١٩٠ .

(٢) محمد كامل مرسى فقرة ١٩٠ ص ٢٥٨ .

(٣) بيدان وفواران فقرة ١١٨٢ — سليمان مرقس ١٨٤ .

وانظر فى ذلك سليمان مرقس فقرة ١٨٤ .

« إذا لم يختر الحائز أن يقضى الديون المقيدة أو يطهر العقار من الرهن أو يتخلى عن العقار ، فلا يجوز للدائن المرتهن أن يتخذ فى مواجهته إجراءات نزع الملكية وفقاً لأحكام قانون المرافعات إلا بعد إنذاره بدفع الدين المستحق أو تخلية العقار ، ويكون الإنذار بعد التنبيه على المدين بنزع الملكية أو مع هذا التنبيه فى وقت واحد »[1].

وجاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ، فى خصوص هذا النص ، ما يأتى :

« إذا لم يختر الحائز دفع الديون المقيدة ولم يلجأ إلى التطهير أو التخلية ، اتخذت الإجراءات فى مواجهته هو باعتباره حائزاً . ويجب لاتخاذ الإجراءات فى مواجهته أن ينذر ، بعد التنبيه على المدين أومع التنبيه ، ولا يجوز الإنذار قبل التنبيه ، وفى هذا تقنين للقضاء المصرى فى هذه المسألة . وعلة هذا الحكم أن المدين هو الذى يجب اتخاذ الإجراءات ضده أولا ، أما الحائز فهو تابع للمدين وتتخذ الإجراءات ضده بعد المدين أو معه »[2] .

ويرى من ذلك أنه إذا لم يؤد الحائز الديون ولم يطهر ولم يتخل ، فلا مناص من اتخاذ إجراءات بيع العقار فى مواجهته . ويلزم لذلك التنبيه على المدين بنزع ملكية العقار ، وإنذار الحائز بدفع الدين أو تخلية العقار .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٤٩٥ من المشروع التمهيدى ، على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة ، تحت رقم ١١٧٤ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١٦٠ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٧٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٢٤ – ص ١٢٦) .

التقنين المدنى السابق م ٥٧٤ / ٦٩٢ فقرة ثانية : ومع ذلك إذا كان العقار فى يد حائز آخر ، لا يجوز الدائن المرتهن أن يشرع فى نزع ملكيته إلا بعد التنبيه على الحائز المذكور تنبيها رسميا بدفع الدين أو بتخلية العقار ، وبعد مضى الثلاثين يوما المقررة فى قانون المرافعات للتنبيه بالوفاء والإنذار بنزع الملكية .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٢٧ .

فلننظر فى إيجاز ، كيف عالج تقنين المرافعات الجديد كلا من الأمرين .

٣١٣ — التنبيه على المدين بنزع ملكية العقار المرهون : نصت المادة ٤٠١ من تقنين المرافعات الجديد على ما يأتى :

« يبدأ التنفيذ بإعلان التنبيه بنزع ملكية العقار إلى المدين ، لشخصه أو لموطنه ، مشتملا على البيانات الآتية : . . . . . فإذا كان التنفيذ على عقار مرهون من غير المدين ، أعلن التنبيه إلى الراهن بعد تكليف المدين بالوفاء وفقاً للمادة ٢٨١ » .

والحائز ، إذا لم يختر أداء الديون أو التطهير أو التخلية ، وجب التنفيذ فى مواجهته هو ، ببيع العقار المرهون جبراً بالمزاد العلنى .

ويسبق ذلك أن يعلن الدائن المرتهن المدين الراهن بالتنبيه بنزع ملكية العقار المرهون ، ويشتمل التنبيه على بيانات معينة ذكرتها المادة ٤٠١ مرافعات ، ولا محل لذكرها هنا فهى من مباحث المرافعات .

فإذا كان العقار المرهون مملوكاً لغير المدين ، أى مملوكاً لكفيل عينى ، أعلن التنبيه بنزع الملكية إلى الراهن أيضاً ، بعد تكليف المدين بالوفاء .

وقد أوجب المشرع التنبيه على المدين ، مع أن إجراءات البيع ستتخذ ضد الحائز ، لأن المدين هو المسئول الحقيقى عن الدين ، إذ أن الحائز إذا نزعت ملكيته للعقار المرهون سيكون له حق الرجوع على المدين ، فوجب توجيه المطالبة أولا إلى المدين حتى تتحقق مسئوليته عن عدم الوفاء[1] .

٣١٤ — إنذار الحائزين برفع الدين أو تخلية العقار : وتنص المادة ٤١١ من تقنين المرافعات الجديد على ما يأتى :

« إذا كان العقار مثقلا بتأمين عينى ، وآل إلى حائز بعقد سجل قبل

---

(١) بيدان وفواران فقرة ١٠٢٦ — سليمان مرقس فقرة ١٣٢ ص ٢١٢ — ستئناف مختلط ١٨ مايو سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٢٤٨ .

تسجيل التنبيه ، وجب إنذاره بدفع الدين أو تخلية العقار ، وإلا جرى التنفيذ فى مواجهته . ويجب أن يكون الإنذار مصحوباً بتبليغ التنبيه إليه ، وإلا كان باطلا . ويترتب على إعلان الإنذار فى حق الحائز جميع الأحكام المنصوص عليها فى المواد من ٤٠٦ إلى ٤١٠ » .

وتنص المادة ٤١٢ مرافعات على ما يأتى :

« يجب أن يسجل الإنذار ، وأن يؤشر بتسجيله على هامش تسجيل التنبيه خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ تسجيل التنبيه ، وإلا سقط تسجيل التنبيه » .

وتنص المادة ٤١٣ مرافعات على ما يأتى :

« إذا تبين سبق تسجيل إنذار الحائز على العقار ذاته ، طبقت أحكام المادتين ٤٠٢ و ٤٠٣ ، وإذا سقط تسجيل التنبيه سقط تبعاً له تسجيل الإنذار » .

ولا يغنى عن إنذار الحائز علمه باتخاذ إجراءات نزع الملكية . وإذا توالى انتقال ملكية العقار المرهون من حائز إلى آخر ، كان الإنذار للحائز الأخير[1] .

وقد اشترط المشرع فى إنذار الحائز شرطين : (١) أن يكون الإنذار تالياً للتنبيه أو حاصلا معه فى وقت واحد (م ١٠٧٢ مدنى) ، فلا يصح أن يكون الإنذار قبل التنبيه . (٢) أن يكون الإنذار مصحوباً بتبليغ التنبيه إلى الحائز (م ٤١١ مرافعات) . فإذا تخلف أحد هذين الشرطين ، وقع الإنذار باطلا (م ٤١١ مرافعات)[2] .

ويجب أن يتم الإنذار على يد محضر ، وأن يستوفى البيانات المعتادة فى أوراق المحضرين ، والبيانات اللازمة لإخبار الحائز بحقيقة مركزه وبما ينبغى له القيام به ، كبيان الدين المطلوب والعقار المراد نزع ملكيته وإعلان الحائز بوجوب الدفع أو تخليه العقار .

---

(١) استئناف مختلط ٢١ ديسمبر سنة ١٩٣٩ م ٥٢ ص ٧٥ .

(٢) استئناف مختلط ٢ يونيه سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣٧١ — ١١ مايو سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٣٩٣ .

ويترتب على عدم إنذار الحائز ، أو على بطلان الإنذار أن إجراءات البيع وحكم مرسى المزاد لا يجوز الاحتجاج بها على الحائز[1] ، وأنه إذا رفعت يد الحائز عنوة جاز له أن يطلب إعادة يده على العقار . ويجب أن يحكم للحائز بذلك ، دون أن يثبت أنه كانت له مصلحة فى توجيه الإنذار إليه لأن القانون افترض وجود هذه المصلحة دائماً[2] . ولا يجوز لغير الحائز أن يتمسك بعدم الإنذار ، أو ببطلانه[3] . وقد حكم بأن علم الحائز باتخاذ إجراءات نزع ملكية العقار الذى آل إليه لا يغنى عن إنذاره ، لأن الإنذار إجراء أساسى أوجبه القانون[4] .

٣١٥ — اتخاذ إجراءات البيع ضد الحائز : ويستمر الدائن المرتهن فى اتخاذ إجراءات التنفيذ ضد الحائز ، إذا لم يلجأ هذا إلى قضاء الدين أو التطهير أو التخلية[5] . وهذه الإجراءات لا تختلف كثيراً عن الإجراءات عادة ضد المدين[6] .

٣١٦ — مايترتب على إنذار الحائز : وقد نصت المادة ٤١١

---

(١) استئناف وطنى ٢٥ فبراير سنة ١٩١٣ المجموعة الرسمية ١٤ رقم ٦١ ص ١١٨ — ٢٣ مايو سنة ١٩٢٢ المحاماة ٢ رقم ١٦٩ ص ٥٠١ — ٨ مايو سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ٢١٨ ص ٣٩١ — استئناف مختلط ٩ يناير سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٧٧ — ٢١ ديسمبر سنة ١٩٠٣ م ١٦ ص ٦١ — ٩ مارس سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٥٥ — ٦ يونيه سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٢٩٣ — ٥ فبراير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٤٤ .

(٢) أسيوط الابتدائية ١٢ مارس سنة ١٩٣٨ المحاماة ١٨ رقم ٤٧ ص ٩٢٦ .

(٣) استئناف مصر ٢٦ نوفبر سنة ١٩٢٨ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ١٤٤ ص ٣٣٩ .

(٤) استئناف مصر ١٢ يونيه سنة ١٩٢٧ المحاماة ١٨ رقم ١٢٢ ص ٢٣٣ — استئناف مختلط ٩ مارس سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٥٥ — ١٧ يونيه سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٢٧١ .

(٥) استئناف مختلط ٧ ديسمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ٩٣ .

(٦) بيدان وفواران فقرة ١٠٢٤ — سليمان مرقس فقرة ١٣٢ ص ٢١٦ .

مرافعات ، كما رأينا ، على أنه « يترتب على إعلان الإنذار فى حق الحائز جميع الأحكام المنصوص عليها فى المواد من ٤٠٦ إلى ٤١٠ » .

وهذه الأحكام هى :

م ٤٠٦ مرافعات : « تلحق بالعقار ثماره وإيراداته عن المدة التالية لتسجيل التنبيه ، وللمدين أن يبيع ثمار العقار الملحقة به متى كان ذلك من أعمال الإدارة الحسنة . ولكل دائن بيده سند تنفيذى أن يطلب بعريضة من قاضى التنفيذ أمراً بتكليف أحد المحضرين أو الدائنين أو غيرهم حصاد المحصولات وجنى الثمار وبيعها . وتباع الثمار والمحصولات فى كلتا الحالتين بالمزاد أو بأية طريقة أخرى يإذن بها القاضى ، ويودع الثمن خزانة المحكمة » .

م ٤٠٧ مرافعات : « إذا لم يكن العقار مؤجراً ، اعتبر المدين حارساً إلى أن يتم البيع ، ما لم يحكم قاضى التنفيذ بعزله من الحراسة أو بتحديد سلطته ، وذلك بناء على طلب الدائن الحاجز أو أى دائن بيده سند تنفيذى . وللمدين الساكن فى العقار أن يبقى ساكناً فيه بدون أجرة ، إلى أن يتم البيع . وإذا كان العقار مؤجراً ، اعتبرت الأجرة المستحقة عن المدة التالية لتسجيل التنبيه محجوزة تحت يد المستأجر ، وذلك بمجرد تكليفه من الحاجز أو أى دائن بيده سند تنفيذى بعدم دفعها للمدين . وإذا وفى المستأجر الأجرة قبل هذا التكليف ، صح وفاؤه ، وسئل عنها المدين بوصفه حارساً » .

م ٤٠٨ مرافعات : « مع مراعاة أحكام القوانين الأخرى فى شأن إيجار العقارات ، تنفذ عقود الإيجار الثابتة التاريخ قبل تسجيل التنبيه فى حق الحاجزين والدائنين المشار إليهم فى المادة ٤١٧ ومن حكم بإيقاع البيع عليه ، وذلك بغير إخلال بأحكام القانون المتعلقة بعقود الإيجار الواجبة الشهر . أما عقود الإيجار غير ثابتة التاريخ قبل تسجيل التنبيه ، فلا تنفذ فى حق من ذكروا إلا إذا كانت من أعمال الإدارة الحسنة » .

م ٤٠٩ مرافعات : « المخاصات عن الأجرة المعجلة والحوالة بها يحتج بها على الحاجزين والدائنين المشار إليهم فى المادة ٤١٧ ومن حكم بإيقاع البيع عليه ، متى كانت ثابتة التاريخ قبل تسجيل التنبيه ، وذلك بغير إخلال بأحكام القانون المتعلقة بالمخالصات واجبة الشهر ، فإذا لم تكن ثابتة التاريخ قبل تسجيل التنبيه فلا يحتج بها إلا لمدة سنة » .

م ٤١٠ مرافعات : « تطبق العقوبات المنصوص عليها فى المواد ٣٤١ و ٣٤٢ و ٣٦١ من قانون العقوبات على المدين ، إذا اختلس الثمرات أو الإيرادات التى تلحق بالعقار المحجوز ، أو إذا أتلف هذا العقار أو أتلف الثمرات » .

٣١٧ – معارضة الحائز والدفوع التى يجوز له التمسك بها – نص قانونى :

نصت المادة ١٠٧٣ مدنى على ما يأتى :

« ١ – يجوز للحائز الذى سجل سند ملكيته ولم يكن طرفاً فى الدعوى التى حكم فيها على المدين بالدين ، أن يتمسك بأوجه الدفع التى كان للمدين أن يتمسك بها ، إذا كان الحكم بالدين لاحقاً لتسجيل سند الحائز » .

« ٢ – ويجوز للحائز ، فى جميع الأحوال ، أن يتمسك بالدفوع التى لا يزال للمدين بعد الحكم بالدين حق التمسك بها »[1] .

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ، فى خصوص هذا النص ، ما يأتى : « فإذا ما وجه الإنذار للحائز كان له حق المعارضة ، وله أن يتمسك بالدفوع التى لا يزال للمدين بعد الحكم بالدين حق التمسك بها ،

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٤٩٦ من المشروع التمهيدى ، على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . وأقرته لجنة المراجعة ، تحت رقم ١١٧٥ فى المشروع النهائى . وأقره مجلس النواب تحت رقم ١١٦١ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٧٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٢٦ – ص ١٢٨) .

التقنين المدنى السابق : لا مقابل .

كانقضاء الدين بعد الحكم به بالوفاء أو بالمقاصة أو بغير ذلك . بل له أيضاً أن يتمسك بالدفوع التى كان للمدين أن يتمسك بها قبل الحكم ، بشرط أن يكون فى موقف من شأنه ألا يجعل للحكم حجية قبله ، ويتحقق ذلك إذا كان الحكم لاحقاً لتسجيل سنده ولم يكن طرفاً فى الدعوى ، فإن الحكم فى هذه الحالة لا يكون حجة عليه ما دام قد سجل سنده قبل صدوره ولم يدخله الدائن خصماً ثالثاً . فإن كان الحائز لم يعارض أو عارض فرفضت معارضته ، سير فى إجراءات نزع الملكية وفقاً للأوضاع المقررة »[1] .

فللحائز إذن أن يعارض فى الإنذار الموجه إليه ، فى أى وقت فى أثناء إجراءات نزع الملكية[2] . فإذا لم يعارض حتى الحكم بنزع الملكية وانقضاء مواعيد الطعن ، فإن هذا الحكم يحوز قوة الشىء المحكوم فيه بالنسبة إليه[3].

وله أن يتمسك بالدفوع الخاصة به ، والدفوع الخاصة بالراهن ، والدفوع الخاصة بالمدين .

فالدفوع الخاصة به مثل الدفع ببطلان القيد[4] ، والدفع بالضمان إذا كان الدائن المرتهن ملزماً شخصياً قبله بضمان الاستحقاق كما لو كان الدائن كفيلا للبائع إلى الحائز . وليس للحائز أن يدفع بأنه صرف على العقار مصروفات ضرورية أو نافعة ، ولا أن يطلب من الدائن أن يعوضه من هذه المصروفات قبل السير فى الإجراءات . ولكن له أن يمتنع عن تسليم العقار المرهون إلى من يرسو عليه المزاد حتى يستوفى ما صرف ، فيكون له الحق فى حبس العقار المرهون حتى يستوفى المصروفات .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٢٧ – ص ١٢٨ .

(٢) استئناف مختلط ١١ مايو سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٣٢١ – ٤ يونيه سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٤٣٥ .

(٣) استئناف مصر ١٤ مايو سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٢٥٦ ص ٥٢١ – استئناف مختلط ١٤ أبريل سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٢٦٨ .

(٤) استئناف مختلط ٣ مايو سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٩١ .

ومن الدفوع الخاصة بالراهن الدفع ببطلان الرهن ، أو بانقضائه .

ومن الدفوع الخاصة بالمدين الدفع ببطلان الدين ، أو بانقضائه[1] ، أو بالمبالغة فى مقداره[2] ، أو بعدم حلول أجله . ويجب التفرقة بين ما إذا كان الدين ثابتاً ومحدداً بالعقد الرسمى (الرهن) ، وبين ما إذا كان الدين قد ثبت أو تحدد بحكم لاحق لعقد الرهن . فى الحالة الأولى ، يكون للحائز التمسك بجميع الدفوع التى يجوز للمدين أن يدفع بها المطالبة . أما فى الحالة الثانية ، فالمفروض أن المدين قد تمسك فى الدعوى بكل أوجه الدفع الجائزة له أو أنه نزل عن التمسك بها ، ويكون الحكم الذى صدر فى الدعوى حجة عليه برفض الدفوع أو بنزوله عنها ، فيكون حجة أيضاً على خلفه الخاص . فإذا كان المدين هو الراهن وباع العين إلى الحائز بعد صدور الحكم عليه بالدين ، كانت للحكم حجية بالنسبة إلى الحائز ولم يجز لهذا أن يتمسك بالدفوع التى كانت للمدين قبل الحكم ، ولكن يجوز له أن يتمسك بعد ذلك بما استجد من دفوع كالدفع بانقضاء الدين بالوفاء أو بغيره . أما إذا كان المدين الراهن قد تصرف فى العقار المرهون إلى الحائز وسجل هذا عقده قبل صدور الحكم على المدين بإلزامه بالدين ، فإن الحكم الذى يصدر بعد تسجيل عقد الحائز لا يكون حجة عليه ما دام لم يكن طرفاً فى الدعوى ، لأن الحائز يعتبر من الغير بالنسبة إلى المدين فيما يتعلق بهذا الحكم ، فيجوز له أن يتمسك بالدفوع التى كان للمدين أن يتمسك بها فى الدعوى[3] .

§ ٥ – موقف الحائز من بيع عقاره بالمزاد

٣١٨ – وضع المسألة : هنا يتجمع عدد من المسائل ، تدور كلها حول موقف الحائز من بيع عقاره بالمزاد ذلك أن القانون أورد بعد ذلك

---

(١) استئناف مختلط ٢ مايو سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٩١ .

(٢) استئناف مختلط ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٠٠ م ١٣ ص ٢٢ – ٤ يونيه سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٤٣٥ .

(٣) استئناف مختلط ٤ يونيه سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٤٣٥ – سليمان مرقس فقرة ١٢٣ .

عدداً من النصوص فى هذه المسألة ، وهى لا تخص فقط الحائز وهو تنزع ملكيته باعتباره حائزاً . بل إن الحائز قد يباع عقاره المرهون بالمزاد فى أوضاع ثلاثة : (١) عقب إجراءات التطهير ، عندما يرفض الدائنون المقيدون عرض الحائز ، ويلجأون إلى بيع العقار المرهون وهو ملك للحائز . (٢) عقب التخلية ، عند ما يعين قاضى الأمور المستعجلة حارساً للعقار أو أميناً له ، ويلجأ الدائنون المقيدون فى مواجهة هذا الحارس إلى بيع العقار المرهون وهو ملك للحائز . (٣) عند ما لا يطهر الحائز أو يتخلى أو يؤدى الديون ، فعندئذ يلجأ الدائنون المقيدون إلى اتخاذ الإجراءات فى مواجهة الحائز نفسه ، ويبيعون العقار المرهون وهو ملك الحائز .

فكيف يكون مركز الحائز فى هذه الأوضاع الثلاثة ، وعند بيع الدائنين للعقار المرهون أيستطيع الحائز أن يدخل فى المزاد ؟

لا شك فى أن الحائز يستطيع أن يدخل فى المزاد ، وأن يرسو المزاد عليه . ولا شك أيضاً فى أنه يستطيع أن يدخل المزاد ، ولا يرسو المزاد عليه ه ولا شك أخيراً فى أنه يستطيع ألا يدخل فى المزاد ، فلا يرسو المزاد عليه بطبيعة الحال .

فهناك إذن موقفان : (١) يدخل الحائز فى المزاد فيرسو المزاد عليه ، فى الأوضاع الثلاثة المتقدم ذكرها . (٢) لا يرسو المزاد على الحائز ، إما لأنه دخل المزاد فلم يرس المزاد عليه ، أو لأنه لم يدخل المزاد أصلا ، وذلك أيضاً فى الأوضاع الثلاثة المتقدم ذكرها .

وقبل أن نتدبر هذين الموقفين ، يجب أن نشير إلى أن القانون حدد للحائز عطاء ويجب أن يتقدم به إذا دخل المزاد ، سواء رسا المزاد عليه أو رسا على غيره . فيجب أن ننظر أولا ما هو العطاء الذى يجب أن يتقدم به الحائز ، إذ هو دخل المزاد .

٣١٩ – عطاء الحائز إذا دخل المزاد – نص قانوني : تنص المادة ١٠٧٤ مدني على ما يأتي :

« يحق للحائز أن يدخل في المزاد ، على شرط ألا يعرض فيه ثمناً أقل من الباقي في ذمته من ثمن العقار الجاري بيعه »[1] .

والحائز ، سواء كان ذلك عقب إجراءات التطهير ورفض الدائنين لعرض الحائز وبيع العقار في المزاد ، أو عقب إجراءات التخلية عند ما يعين حارس للعقار ويباع العقار في المزاد في مواجهة هذا الحارس ، أو عند ما لا يطهر الحائز العقار ولا يتخلى ولا يؤدى الدين فيبيع الدائنون العقار في مواجهة الحائز نفسه ، يرى عقاره الذى حصل على ملكيته قد نزع منه وعرضه الدائنون للبيع بالمزاد الجبرى . فيتقدم في المزاد مزايداً ، ويحاول أن يحصل على ملكية العقار من طريق شرائه في المزاد .

والقانون أباح له ذلك ، كما أباح ذلك للغير ممن لا صلة لهم بالعقار .

وإنما اشترط القانون ، لأن الحائز له صلة بالعقار بالمرهون ، أن يكون عطاؤه في المزاد لا يقل عن الباقي في ذمته من ثمن العقار المرهون .

وهنا افترض القانون أن الحائز قد اشترى العقار فأصبح حائزاً ، وعجل شيئاً من الثمن ، وبقي في ذمته الباقي . كان الثمن مثلا ألفين ، وعجل الحائز ثلثمائة فبقي في ذمته ألف وسبعمائه ، فيجب عند ما يدخل المزاد ويقدم عطاء ، ألا يقل هذا العطاء عن ألف وسبعمائة ، لأن هذا المبلغ يجب على الحائز دفعه على أي حال ، فلأن يتقدم به عطاء في المزاد خير من أن يدفعه للبائع له .

---

(١) تاريخ النص : لم يرد هذا النص في المشروع التمهيدي ، واقترحه القائم بوضع المشروع التمهيدي، في لجنة المراجعة فوافقت عليه ، تحت رقم ١١٧٦ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١٦٢ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٧٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٢٩) .

التقنين المدني السابق : لا مقابل .

وإذا كان الحائز لم يدفع شيئاً من الثمن عند ما تقدم فى المزاد ، فيجب ألا يقل العطاء الذى يتقدم به فى المزاد عن الثمن كله وهو ألفان ، لأن هذا المبلغ مستحق فى ذمته ويجب أن يدفعه ، فلأن يتقدم به عطاء فى المزاد خير من أن يدفعه للبائع . وهذا ما يقع عادة فى العمل ، يحرص الحائز للعقار المرهون على ألا يدفع شيئاً من ثمنه ، ثم يدخل المزاد ويقدم عطاء فيه كل الثمن ، وهو مستحق فى ذمته . وقد يقدم عطاء أكبر من كل الثمن ، إذا قدر أن العقار المرهون يستحق ذلك وكان حريصاً على أن يحصل على هذا العقار .

ا – موقف الحائز إذا رسا عليه المزاد

٣٢٠ – رسو المزاد على الحائز بما لا يزيد على الثمن الذى دفعه فى العقار : قد يدخل الحائز المزاد ، فيرسو عليه مزاد العقار المرهون ، ولكن بثمن لا يزيد على الثمن الذى سبق له دفعه فى العقار . فنفرض مثلا أن الحائز أصبح حائزاً لأنه اشترى العقار بألفين ، وعند ما تقدم فى المزاد عقب إجراءات التطهير أو التخلية أو عند ما كان الدائنون المقيدون يبيعون العقار المرهون فى مواجهة الحائز نفسه ، أعطى فيه ألفاً وخمسمائة أو ألفاً وثمانمائة أو ألفين ، فرسا عليه المزاد بما أعطى فيه . فكيف يملك الحائز العقار ، وما علاقة الحائز بسلفه ؟

إذا رسا المزاد على الحائز نفسه ، اعتبر هذا مالكاً للعقار بموجب سند ملكيته الأصلى ، فالملكية تعتبر منتقلة إلى الحائز من وقت سند الملكية الأصلى لا من وقت رسو المزاد ، ولا يكون رسوالمزاد إلا مؤكداً لانتقال الملكية .

وأما علاقة الحائز بسلفه أى بالبائع له الذى كان مالكاً للعقار المرهون ، فهناك رأيان فى فرنسا : الرأى الأول الذى سارت عليه محكمة النقض الفرنسية

وبعض الفقهاء[١] أن الحائز لا يكون ملزماً إلا بالثمن الذى رسا به المزاد عليه ، ألف وخمسمائة مثلا ، ويرجع بالباقى وهو خمسمائة على البائع له ، وهو مالك العقار المرهون قبل الحائز . ولكن الرأى الغالب هو أن الحائز يبقى ملزماً بالثمن الذى اشترى به من مالك العقار المرهون ، فلا يرجع عليه بشىء إذا كان قد دفع له الثمن كله ، ويدفع له الثمن كله الذى اتفق معه عليه إذا كان لم يدفعه[٢] . ويعتبر الحائز مالكاً للعقار المرهون بموجب سند ملكيته الأصلى (البيع الصادر من مالك العقار المرهون) ، وإلا يكون حكم مرسى المزاد واجب التسجيل ، ولا يترتب على حكم مرسى المزاد فسخ سند ملكية الحائز أى سند ملكيته الأصلى[٣] .

ويتفرع على ذلك ما يأتى : (١) الرهون التى قررها الحائز فى الفترة ما بين كسبه الملكية من مالك العقار المرهون وتسجيل حكم مرسى المزاد تبقى صحيحة ، وتكون مرتبتها من وقت قيدها فلا يأخذ هؤلاء الدائنون شيئاً إلا بعد أن يستوفى الدائنون المقيدون المستمدون حقوقهم من غير الحائز حقوقهم . (٢) الحائز ، فى علاقته بسلفه مالك العقار المرهون ، يبقى ملتزماً بالثمن المسمى فى العقد مع أنه قد يزيد على الثمن الذى رسا به المزاد . (٣) حقوق الارتفاق والاستعمال والسكنى التى قررها الحائز تكون صحيحة أيضاً ، ولكن الدائنين المقيدين الذين لا يجوز الاحتجاج ضدهم بهذه الحقوق يكون لهم أن يبيعوا العقار خالياً منها وأن ينصوا على ذلك فى شروط البيع[٤] .

---

(١) نقض فرنسى ٢٠ أكتوبر سنة ١٨٩٧ داللوز ٩٨ - ١ - ٣ لوران فقرة ٣١٩ - بودرى ودى لوان فقرة ٢٢١٧ .

(٢) انظر محمد كامل مرسى فقرة ١٩٣ ص ٢٦٢ .

(٣) استئناف مختلط ١٢ يونيه سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٤١٩ .

(٤) انظر سليمان مرقس فقرة ١٣٨ .

٣٢١ — رسو المزاد على الحائز بما يزيد فى الثمن الذى دفعه فى العقار : هنا أيضاً يعتبر الحائز مالكاً للعقار بموجب سند ملكيته الأصلى ، كما فى الحالة السابقة (م ١٠٧٥ مدنى) . ولا يكون حكم مرسى المزاد واجب التسجيل لأنه لم ينقل الملكية إلى الحائز ، وإنما الذى نقلها هو السند الأصلى لملكية الحائز . وتبقى العلاقة ما بين الحائز ومالك العقار المرهون كما حددها سند ملكيته ، أى أن حكم مرسى المزاد لا يترتب عليه فسخ ملكية الحائز .

وكل ما يترتب على رسو المزاد على الحائز بثمن أعلى ، أن الحائز يصبح مديناً بهذا الثمن للدائنين المقيدين . وتبقى علاقته بمالك العقار المرهون المرهون على ما كانت عليه .

ويبقى الحائز مالكاً للعقار المرهون ، ولكن لا بحكم مرسى المزاد ولكن بحكم السند الأصلى كما قدمنا .

ويتقاضى الدائنون المقيدون حقوقهم من الثمن الذى رسا به المزاد على الحائز ، وهو أعلى من الثمن الأصلى .

ولا يفسخ السند الأصلى لملكية الحائز ، ويترتب على ذلك نفس النتائج التى قررناها فيما سبق : الرهون التى قررها الحائز تبقى صحيحة ، والحائز فى علاقته بسلفه مالك العقار المرهون يبقى ملتزماً بالثمن المسمى فى العقد مع أنه يقل عن الثمن الذى رسا به المزاد ، وحقوق الارتفاق والاستعمال والسكنى التى قررها الحائز تكون أيضاً صحيحة .

٣٢٢ — تطهير العقار المرهون — نص قانونى : تنص المادة ١٠٧٥ مدنى على ما يأتى :

« إذا نزعت ملكية العقار المرهون ، ولو كان ذلك بعد اتخاذ إجراءات التطهير أو التخلية ، ورسا المزاد على الحائز نفسه ، اعتبر هذا مالكاً للعقار بمقتضى سند ملكيته الأصلى ، ويتطهر العقار من كل حق مقيد إذا دفع

الحائز الثمن الذى رسا به المزاد أو أودعه خزانة المحكمة »[1] .

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ، فى خصوص هذا النص ، ما يأتى : « فإن رسا المزاد على الحائز ، فإن الملكية تعتبر منتقلة إليه من وقت سند الملكية الأصلى لا من وقت رسو المزاد ، ولا يكون رسو المزاد إلا مؤكداً لانتقال الملكية . ويتطهر العقار بدفع الثمن إلى الدائنين ، أو بإيداعه خزينة المحكمة »[2] .

ويرى من النص ، كما قدمنا فى الحالتين السابقتين ، أن الحائز ، سواء رسا عليه المزاد بأقل أو بأكثر من الثمن الذى بذله للحصول على العقار من مالكه ، يعتبر مالكاً للعقار بموجب سند ملكيته الأصلى ، ولا يجب تسجيل الحكم بمرسى المزاد على الحائز .

ويتطهر العقار من كل حق مقيد ، فتطهير العقار ، كما يتم بداهة من رسو المزاد على غير الحائز ، يتم أيضاً برسو المزاد على الحائز . ويتحول حق الدائنين المقيدين من العقار إلى ثمنه ، وتبقى للدائنين مزية التقدم فى استيفاء حقوقهم من هذا الثمن كل منهم بحسب ترتيبه . فإذا لم يف المبلغ بحقوق الدائنين المقيدين ، فإن المتأخرين منهم لا يحصلون على شىء من الثمن ، وتنقضى مع ذلك قيودهم ، ولكن لهم حقوقهم الشخصية قبل المدين الأصلى .

ولا يقتصر أثر حكم مرسى المزاد على تطهير العقار المرهون من القيود التى صدرت من المالك الأصلى وحده ، بل يشمل أيضاً تطهيره من القيود

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٤٩٧ من المشروع التمهيدى ، على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة ، تحت رقم ١١٧٧ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١٦٣ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٧٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٣٠ – ١٣١) .

التقنين المدنى السابق : لا مقابل .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٣٠ – ص ١٣١ .

التى صدرت من الحائز نفسه ، لأن الملكية تنتقل إلى الراسى عليه المزاد خالية من جميع القيود .

وفى خصوص التطهير هناك رأيان : (١) رأى يذهب إلى أن التطهير يتم قبل دفع الثمن الذى رسا به المزاد أو إيداعه ، بمجرد تسجيل حكم مرسى المزاد[١]. (٢) ورأى آخر يذهب إلى أن التطهير لايتم إلا إذا دفع الثمن الذى رسا به المزاد ، أو أودع خزانة المحكمة .

وقد أخذ المشرع المصرى بالرأى الثانى واشترط دفع الثمن الذى رسا به المزاد أو إيداعه خزانة المحكمة ، إذ نص فى المادة ١٠٧٥ مدنى سالفة الذكر : « ويتطهر العقار من كل حق مقيد ، إذا دفع الحائز الثمن الذى رسا به المزاد ، أو أودعه خزانة المحكمة » .

ويتم التطهير بقوة القانون ، متى توافرت شروطه . وتمحى القيود ، ويجوز المحو بناء على تقرير الدائن الذى استوفى حقه ، أو بناء على أمر القاضى فيما يتعلق بالقيود التى لم يدرك أصحابها التوزيع . وإذا امتنع الدائن الذى أدركه التوزيع عن التقرير بالمحو تعسفاً ، جاز للراسى عليه المزاد إيداع استحقاقه خزانة المحكمة ، واستصدار حكم بالمحو[٢] .

ب – موقف الحائز إذا رسا على غيره المزاد

٣٢٣ – تلقى الراسى عليه المزاد حقه من الحائز – نص قانونى : تنص المادة ١٠٧٦ مدنى على ما يأتى :

« إذا رسا المزاد فى الأحوال المتقدمة على شخص آخر غير الحائز ، فإن هذا الشخص الآخر يتلقى حقه عن الحائز بمقتضى مرسى المزاد[٣] »

---

(١) استئناف مختلط ١١ ديسمبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ ص ٨٤ .

(٢) انظر سليمان مرقس فقرة ١٣٩ .

(٣) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٤٩٨ من المشروع التمهيدى ، على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . وأقرته لجنة المراجعة ، تحت رقم ١١٧٨ ف

وكما يرسو المزاد على الحائز ، قد يرسو على غير الحائز ، من دائن مقيد أو دائن عادى أو أجنبي أو غير ذلك .

فإذا رسا المزاد على غير الحائز ، انتقل حق الملكية إلى الراسى عليه المزاد من الحائز نفسه ، كما يقول النص . ولا يفسخ سند الحائز الأصلى ، بل يبقى قائماً إلى أن يرسو على غير الحائز ، وعندئذ تنتقل الملكية إلى هذا الأخير من الحائز ، بموجب حكم مرسى المزاد .

وعلى ذلك يجب تسجيل حكم مرسى المزاد ، حتى تنتقل الملكية إلى غير الحائز ممن رسا عليه المزاد .

ويكون الثمن الذى رسا به المزاد ملكاً للحائز ، يستوفى منه الدائنون المقيدون حقوقهم ، وما يبقى إذا بقى شىء يكون للحائز ولمن استمد حقه من الحائز .

ويرجع الحائز بدعوى ضمان الاستحقاق على مالك العقار المرهون ، وهو الذى تلقى منه الحائز الملكية ، وفقاً لقواعد الضمان فى البيع أو الهبة .

وللحائز أن يرجع على المدين أيضاً بدعوى الإثراء بلا سبب لأنه وفى دينه ويرجع بما دفعه زيادة على ما فى ذمته بموجب سند ملكيته .

ويحل الحائز كذلك محل الدائنين الذين وفاهم حقوقهم ، طبقاً لقواعد الحلول .

وإذا كانت له حقوق عينية على العقار المرهون ، كرهن أو ارتفاق أو انتفاع أو استعمال أو سكنى ، قبل أن تنتقل إليه ملكية العقار كحائز ، فزالت باتحاد الذمة ، ثم رسا المزاد على غير الحائز ، فإن هذه الحقوق العينية تعود[1].

– المشروع النهائى . وأقره مجلس النواب تحت رقم ١١٦٤ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٧٦ مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٣٢ – ص ١٣٢) .

التقنين المدنى السابق : لا مقابل .

(١) انظر محمد كامل مرسى ، فقرة ١٩٤ .

٣٢٤ — نزع ملكية الحائز ليس له أثر رجعى : وإذا رسا المزاد على غير الحائز ، فنزعت بذلك ملكية الحائز ، ترتب على ذلك أن الحائز يحرم من ملكه ، ولكن لا يكون لذلك أثر رجعى .

فلا تفسخ ملكية الحائز ، بل تبقى لدى الحائز ، إلى أن يرسو المزاد على الغير ، فتنتقل الملكية إلى هذا الغير من الحائز نفسه .

فالحائز لا يكون مالكاً فى المستقبل من وقت تسجيل حكم مرسى المزاد ، أما قبل ذلك فإنه يعتبر هو المالك للعقار من وقت أن انتقلت إليه الملكية من مالك العقار المرهون ، ويتلقى الراسى عليه المزاد حقه من الحائز كما تقول المادة ١٠٧٦ مدنى سالفة الذكر .

ويترتب على ذلك أنه إذا زاد الثمن الذى رسا به المزاد على ما هو مستحق للدائنين المقيدة حقوقهم ، كانت الزيادة للحائز كما سيأتى .

٣٢٥ — الزيادة فى ثمن العقار — نص قانونى : تنص المادة ١٠٧٧ مدنى على ما يأتى :

« إذا زاد الثمن الذى رسا به المزاد على ما هو مستحق للدائنين المقيدة حقوقهم ، كانت الزيادة للحائز ، وكان للدائنين المرتهنين من الحائز أن يستوفوا حقوقهم من هذه الزيادة »[1] .

وجاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ، فى خصوص هذا

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٤٩٩ من المشروع التمهيدى ، على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . وأقرته لجنة المراجعة ، تحت رقم ١١٧٩ فى المشروع النهائى . وأقره مجلس النواب تحت رقم ١١٦٥ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٧٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٣٣ — ص ١٣٤) .

التقنين المدنى السابق م ٥٩١ / ٧١٧ : إذا زاد ثمن العقار المبيع بالمزاد على مقدار الديون المطلوبة لأرباب الديون المسجلة ، تكون تلك الزيادة لدائنى الحائز للعقار المرتهنين له منه ، إنما لا يستولون عليها إلا بعد أرباب الحقوق على العقار المترتبة لهم على مالكيه السابقين على الحائز المذكور .

النص ، ما يأتى : « وإن رسا المزاد على غير الحائز ، فإن الحكم برسو المزاد هو الذى ينقل الملكية إلى من رسا عليه ، ويكون الثمن الذى رسا به المزاد للحائز ، يستوفى منه الدائنون حقوقهم ، وما يبقى فهو له وللدائنين المرتهنين منه هو »[١] .

ونرى مما تقدم أنه إذا زاد الثمن الذى رسا به المزاد على غير الحائز عما هو مستحق للدائنين المقيدين ، كانت الزيادة للحائز وللدائنين المقيدة حقوقهم منه هو[٢] .

وللدائنين المرتهنين من الحائز أن يستوفوا حقوقهم من هذه الزيادة ، فهى حق مدينهم الحائز ، فلهم أن ينفذوا عليها ، ويستوفوا منها حقوقهم بحسب مراتبهم[٣] .

٣٢٦ — الرهون التى قررها الحائز : وكل ما قرره الحائز من رهون رسمية أو حيازية ، وكل ما أخذ ضده من حقوق اختصاص وحقوق امتياز خاصة عقارية ، إلى وقت تسجيل الحكم برسو المزاد ، تكون صحيحة ، وتكون لها مرتبتها بعد استيفاء دائنى الملاك السابقين المقيدين لحقوقهم .

وقد نصت المادة ٧١٧/٥٩١ من التقنين المدنى السابق على أنه « إذا زاد ثمن العقار المبيع بالمزاد على مقدار الديون المطلوبة لأرباب الديون المسجلة (المقيدة) تكون تلك الزيادة لدائنى الحائز المرتهن له منه ، إنما لا يستولونها إلا بعد أرباب الحقوق على العقار المترتبة لهم على مالكيه السابقين على الحائز المذكور »[٤] .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٤١ – ص ١٤٢ .

(٢) جيوار فقرة ١٦٨٧ – بودرى ودى لوان فقرة ٢٢١٧ – استئناف مختلط ٢١ مارس سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢٥٤ .

(٣) انظر محمد كامل مرسى فقرة ١٩٧ .

(٤) هيك ١٤ فقرة ٤٩ – جيوار فقرة ١٦٨٥ – أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٨٨ وهامش ٦٠ مكرر – محمد كامل مرسى فقرة ١٩٨ .

٣٢٧ — حقوق الارتفاق والحقوق العينية الأخرى — نص قانوني :

تنص المادة ١٠٧٨ مدنى على ما يأتى :

« يعود للحائز ما كان له ، قبل انتقال ملكية العقار إليه ، من حقوق ارتفاق وحقوق عينية أخرى »[1] .

وجاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ، فى خصوص هذا النص ، ما يأتى : « وإذا كانت له (للحائز) حقوق عينية على العقار المرهون (كرهن أو ارتفاق) قبل أن تنتقل إليه ملكيته ، فزالت باتحاد الذمة ، ثم رسا المزاد على غيره ، فإن هذه الحقوق العينية تعود »[2] .

ويلاحظ أنه من المحتمل أن يكون للحائز ، قبل أن يصبح حائزاً ، حقوق عينية على العقار المرهون ، كحق رهن أو حق انتفاع ، أو حق ارتفاق أو حق استعمال أو حق سكنى . فلما أصبح حائزاً وانتقلت إليه ملكية العقار ، زالت هذه الحقوق باتحاد الذمة .

فإذا بيع العقار بعد ذلك ، ورسا مزاده على غير الحائز وانتزعت ملكية الحائز ، فإن من الطبيعى أن الحقوق العينية التى كانت له على العقار قبل أن يصبح حائزاً ، تعود إليه كما كانت ، بعد أن تجرد من ملكية العقار ورسا المزاد على غيره . فيعود للحائز حق الرهن ، أو حق الانتفاع ،

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٥٠٠ من المشروع التمهيدى ، على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . وأقرته لجنة المراجعة ، تحت رقم ١١٨٠ فى المشروع النهائى . وأقره مجلس النواب تحت رقم ١١٦٦ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٧٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٣٥ — ص ١٣٦) .

التقنين المدنى السابق م ٥٩٠ / ٧١٦ : ماكان لحائز العقار قبل انتقاله إليه من حقوق الارتفاق والحقوق العينية على العقار يعود كما كان بنزع العقار من حائزه المذكور ، وكذلك حق الاختصاص بالعقار للحصول على الدين وحق الرهن إن كانا له . إنما لا يأتى كل حق من الحقين المذكورين بدرجته إلا إذا كان تسجيلهما (قيدهما) محفوظا ، بمعنى أنه لم ينقض حكمه بمضى الزمن ولا يشطبه .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٤٢ .

أو حق الارتفاق ، أو حق الاستعمال ، أو حق السكنى . فقد زال سبب زوالها وهو اتحاد الذمة ، وأصبح العقار مملوكا لغير الحائز .

ويلاحظ أن الدائنين المقيدين كان لا يجوز الاحتجاج ضدهم بهذه الحقوق ، لأنها تالية للحقوق التى كسبوها على العقار المرهون . فيكون لهم الحق فى بيع العقار لهم خالياً من هذه الحقوق ، وقد يضعون شرطاً فى هذا الخصوص فى شروط البيع[1] .

فاذا وضعوا هذا الشرط ، بيع العقار خالياً من هذه الحقوق للراسى عليه المزاد .

ولكن عند ما ينزع ملكية الحائز ببيع العقار فى المزاد ورسو المزاد على غير الحائز لم يعد هناك مبرر لزوال هذه الحقوق من الحائز . فتعود إليه ثانية كما كانت .

٣٢٨ — الحقوق العينية للحائز السابقة على حقوق الدائنين المرتهنين :

وفيما تقدم فرضنا أن الحقوق العينية التى للحائز على العقار المرهون إنما هى تالية لحقوق الدائنين المرتهنين ، والآن نفرض أن هـــذه الحقوق العينية التى للحائز هى سابقة على حقوق الدائنين المرتهنين ، وتسرى عليهم .

وقد زالت هذه الحقوق باتحاد الذمة لما تملك الحائز العقار المرهون ، وأصبح بهذا التملك حائزاً . ثم زالت ملكية الحائز للعقار المرهون ، ونزعت ملكيته بناء على طلب الدائنين المقيدين ، وبيع العقار بالمزاد الجبرى ، ورسا مزاده على غير الحائز .

عند ذلك تعود الحقوق العينية التى كانت للحائز قبل أن يصبح حائزاً إليه ثانية ، لأن السبب فى زوالها قد زال ، ولم يعد الحائز مالكاً للعقار المرهون .

---

(١) انظر لوران فقرة ٢١٨ — بون فقرة ١٢١٥ — هيك فقرة ٤٩ — جيوار فقرة ١٦٨٦ — أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٥٠ ص ١٢٦ وص ١٢٧ وفقرة ٢٨٧ ص ٧٣٩ — محمد كامل مرسى فقرة ١٩٩ .

والفرق بين هذه الحالة والحالة المتقدمة ، أن العقار يباع على الحائز بالمزاد العلنى غير خال من هذه الحقوق العينية ، ولا يجوز للدائنين المرتهنين ، كما يجوز لهم فى الحالة المتقدمة ، أن يبيعوا العقار خالياً من هذه الحقوق العينية ، ولا أن يضعوا شرطاً بخلو العقار من هذه الحقوق كما جاز لهم أن يضعوا هذا الشرط فى الحالة المتقدمة . بل يجب أن يبيعوا العقار مثقلا بهذه الحقوق ، لأنها سابقة على حقوقهم وتسرى عليهم . فإذا رسا العقار فى المزاد على غير الحائز ، عادت للحائز حقوقه العينية كما كانت ، فيعود له حق الرهن أو حق الانتفاع أو حق الارتفاق أو حق الاستعمال أو حق السكنى .

وإذا كان للحائز حق رهن ، فيجب عليه أن يجدد قيد رهنه حتى لو زال الرهن باتحاد الذمة ، وذلك إذا أراد الحائز عند عودته دائناً مرتهناً أن يتمسك بمرتبته الأصلية[1] . فإذا لم يجدده ، أو إذا وافق على محو القيد ، فإن رهنه يعود ، ولكن لا يأخذ مرتبته إلا من وقت القيد الجديد[2].

وتعود الحقوق العينية من وقت تسجيل رسو المزاد على الحائز ، لأنه حتى ذلك الوقت يبقى الحائز مالكاً للعقار .

وإذا كان حق الارتفاق الذى كان للحائز يعود إليه كما قدمنا ، فإن حق الارتفاق الذى كان مقرراً لمنفعة العقار المرهون على عقار للحائز يعود كذلك ، وإلا انبنى على ذلك نقص قيمة العقار المرهون والإضرار بالدائن المرتهن ، فيجب أن يشمله العقار المرهون عند طرحه فى المزاد[3].

٣٢٩ — رد الثمار — نص قانونى : تنص المادة ١٠٧٩ مدنى على ما يأتى : —

---

(١) بودرى ودى لوان فقرة ٢٢١٣ — أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٨٧ وهامش ٦٣ — محمد كامل مرسى فقرة ٢٠٥ — نقض فرنسى ١٢ ديسمبر سنة ١٨٨٧ داللوز ٨٨ — ١ — ٣٣٧ .

(٢) دى هلتس فقرة ١٢٨ — محمد كامل مرسى فقرة ٢٠٥ .

(٣) بودرى ودى لوان فقرة ٢٢١٢ — أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٨٧ هامش ٦٢ — جرانمولان فقرة ٥٠٦ — محمد كامل مرسى فقرة ٢٠٥ .

« على الحائز أن يرد ثمار العقار من وقت إنذاره بالدفع أو التخلية ، فإذا تركت الإجراءات لمدة ثلاثة سنوات فلا يرد الثمار إلا من وقت أن يوجه إليه إنذار جديد »[1] .

وجاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ، فى خصوص هذا النص ، ما يأتى : « والحائز على كل حال مسئول عن الثمار من وقت الإنذار بالدفع أو التخلية ، إذ تلحق الثمار بالعقار قبله من ذلك الوقت . فإذا تركت الإجراءات ثلاث سنوات ، فلا يرد الثمار إلا من وقت أن يوجه إليه إنذار جديد ، لأن الإنذار القديم يكون قد سقط »[2].

ويرى من ذلك أن الحائز ، عند ما يشرع الدائنون المقيدون فى بيع عقاره المرهون بالمزاد ، يجب عليه أن يرد الثمار . ويردها مع العقار إلى من رسا عليه المزاد ، وذلك من وقت إنذاره بالدفع أو التخلية ، إذ من ذلك الوقت تلحق الثمار بالعقار . فإذا رسا المزاد على غير الحائز ، سلم الحائز له العقار المرهون ، مع ثماره من وقت الإنذار إذ تلحق الثمار بالعقار المرهون كما قدمنا .

فإذا أنذر الحائز بالدفع أو التخلية ، وترك الدائنون المقيدون الإجراءات إلى ثلاث سنوات دون عمل ، سقط الحق فى الثمار . ويبقى ساقطاً عقب انقضاء الثلاث السنوات ، إلى أن يوجه الدائنون المرتهنون إنذاراً جديداً للحائز بالدفع أو التخلية ، فيعود الحائز من وقت الإنذار الجديد مسئولا

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٥٠١ من المشروع التمهيدى ، على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . وأقرته لجنة المراجعة ، تحت رقم ١١٨١ فى المشروع النهائى . وأقره مجلس النواب تحت رقم ١١٦٧ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٧٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٣٧ – ص ١٣٨) .

التقنين المدنى السابق م ٥٨٧ / ٨٢٢ : إذا أخلى الحائز العقار من تلقاء نفسه أو نزع منه بالبيع القهرى ، وجب عليه رد غلته من وقت التنبيه عليه بالدفع أو بالتخلية ، إلا إذا سقط حق الدعوى بها بمضى الزمان ، ويسقط ذلك الحق بمضى ثلاث سنوات .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٤٢ .

عن الثمار وتلحق بالعقار ، وتبقى ملحقة بالعقار ثلاث سنوات أخرى إذا تركت الإجراءات فيها سقط الإنذار الثانى ، وهكذا ، حتى يتمكن الدائنون المقيدون من بيع العقار وتكون الثمار ملحقة به ، فيتسلم الراسى عليه المزاد الثمار مع العقار .

وقبل إنذار الحائز بالدفع أو التخلية ، تكون الثمار له باعتباره مالكاً للعقار المرهون . وتكون الثمار ضماناً عاماً لكل دائنى الحائز ، عاديين وغير عاديين . ولكن من وقت الإنذار بالدفع أو التخلية ، تكون الثمار من حق الدائنين المقيدين .

وفوائد الثمن تكون أيضاً من حق الدائنين المقيدين ، من وقت الإنذار بالدفع أو التخلية[1] .

وسقوط الإنذار بالدفع أو التخلية بمضى ثلاث سنوات يكون بقوة القانون فلا حاجة إلى طلب ، ولا يكفى الرهن الرسمى وحده لجعل الثمار ملحقة بالعقار[2] .

ويلاحظ أنه بحسب قانون المرافعات القديم (م ٥٤٥) تعتبر الثمار ملحقة بالعقار من وقت تسجيل التنبيه بنزع الملكية . وتفسير هذا الاختلاف أن القانون المدنى نظر إلى الحالة التى يكون فيها العقار للحائز فتكون المطالبة له ، ونظر قانون المرافعات إلى الحالة التى تكون المطالبة فيها لنفس المدين . وبين الحالتين فرق ، فإذا كانت المطالبة موجهة إلى المدين لكونه مالكاً للعقار المرهون فإن الثمار تكون من حق دائنيه حتى العاديين فلا يستأثر بها الدائنون المقيدون إلا من وقت تسجيل التنبيه ، أما إذا كانت المطالبة موجهة إلى الحائز فلا يصح أن يترتب على تسجيل التنبيه الذى يوجه إلى المدين

---

(١) بودرى ودى لوان فقرة ٢١٩٨ وفقرة ٢٢٠٠ – محمد كامل مرسى فقرة ٢٠٠ .

(٢) استئناف مختلط ١١ يناير سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١١٨ – محمد كامل مرسى فقرة ٢٠٠ .

التزام على الحائز وإنما يرتب هذا الالتزام على الإنذار الذى يوجه إلى الحائز[١] .

والثمار التى يشملها الإلحاق هى كل الثمار ، طبيعية كانت أم صناعية أم مدنية[٢] .

٣٣٠ — المصروفات : ويجب أن ترد إلى الحائز جميع المصروفات الضرورية . أما المصروفات النافعة ، فلا يرد منها إلا أقل القيمتين : مبلغ المصروفات ، وما زاد فى قيمة العقار المرهون بسبب هذه المصروفات[٣]، وتقدر الزيادة وقت رسو المزاد[٤] .

وللحائز أن يطالب بالمصروفات التى أنفقها هو ، والتى أنفقها الحائزون السابقون ودفع مقابلا عنها عند حيازته للعقار . أما إذا كانت الزيادة ناشئة عن الزيادة العامة فى قيمة العقارات ، فليس للحائز أن يطالب بشىء[٥].

وأما المصروفات الكمالية ، فليس للحائز أن يطالب بمقابل عنها .

٣٣١ — التلف — نص قانونى : تنص المادة ١٠٨١ مدنى على ما يأتى : —

« الحائز مسئول شخصياً قبل الدائنين عما يصيب العقار من تلف بخطأه »[٦] .

---

(١) محمد كامل مرسى فقرة ٢٠١ ص ٢٦٩ — سليمان مرقس فقرة ١٤٠ .

(٢) محمد كامل مرسى فقرة ٢٠١ ص ٢٦٩ .

(٣) ترولون فقرة ٨٣٨ — هيك ١٤ فقرة ٤٣ — بودن فقرة ١٢٠٧ — جيوار فقرة ١٦٤٠ — أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٨٧ — محمد كامل مرسى فقرة ٢٠٦ .

(٤) أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٨٧ — محمد كامل مرسى فقرة ٢٠٤ ص ٢٧٢ .

(٥) انظر محمد كامل مرسى فقرة ٢٠٤ .

(٦) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٥٠٣ من المشروع التمهيدى ، على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . وأقرته لجنة المراجعة ، تحت رقم ١١٨٣ فى =

وجاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ، فى خصوص هذا النص ، ما يأتى : « وهو (الحائز) مسئول أيضاً أمام الدائنين عما يصيب العقار المرهون من تلف بخطأه »[١] .

والمفروض هنا أن العقار المرهون قد أصابه تلف بخطأ الحائز ، فيكون الحائز هو المسئول عن هذا التلف متى ثبت أن التلف بخطأه ، وفقاً لقواعد المسئولية التقصيرية .

ويكون ذلك غالباً عند ما يتسلم الحائز العقار المرهون ، بعد أن انتقلت إليه ملكيته وأصبح حائزاً ، فيقع خطأ من الحائز يتسبب عنه تلف العقار . ويقع الخطأ فى أى وقت ، وليس من الضرورى أن يقع بعد أن يقرر الدائنون المقيدون بيع العقار فى المزاد ويرسو مزاده على غير الحائز . فمتى وقع خطأ من الحائز فى أى وقت ولو قبل أن يقرر الدائنون المقيدون بيع العقار فى المزاد ، وتسبب عن هذا الخطأ تلف العقار المرهون ، كان الحائز مسئولا عن هذا التلف . وتكون مسئوليته قبل الدائنين المرتهنين ، فلهم أن يقاضوا الحائز ويثبتوا خطأه وأن هذا الخطأ تسبب فى تلف العقار ، حتى يتقاضوا تعويضاً من هذا التلف طبقاً لقواعد المسئولية التقصيرية .

ولا تفيد دعوى التعويض فى الواقع إلا الدائنين الذين لا يكفى ثمن العقار بعد أن تلف لقضاء ديونهم ، فهم الذين يكون لهم الحق فى طلب التعويضات ، إذ لولا التلف الذى أصاب العقار لبيع بثمن أعلى واستفادوا من فرق الثمن[٢] .

ويقع عبء إثبات المسئولية على من يدعيها من الدائنين المقيدين .

= المشروع النهائى . وأقره مجلس النواب تحت رقم ١١٦٩ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٨١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٤١ — ص ١٤٢) .

التقنين المدنى السابق م ٥٨٩ / ٧١٥ : يلزم الحائز للعقار لأرباب الديون بما حصل فيه من الخلل ، سواء كان بفعله أو بإهماله .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٤٣ .

(٢) محمد كامل مرسى فقرة ٢٠٢ ص ٢٧٠ .

والتعويض الذى يدفعه الحائز هو نقص قيمة العقار بسبب التلف ، ويكون من حق الدائنين بحسب مراتبهم[1] :

ويجوز للدائنين المقيدين أن يرفعوا دعوى التعويض حتى قبل إجراءات دعوى الرهن ، عقب وقوع التلف . ويجوز أن يرفعها من لم يحل حقه بعد ، ومن كان حقه شرطياً ولو معلقاً على شرط واقف . ولكن فى هذه الأحوال يطلب الدائن إيداع المبلغ الذى يقضى به فى مقابل التلف خزانة المحكمة ، فيودع بحسب درجة القيود فى حالة عدم كفاية ثمن العقار[2] .

ويكون للحائز الذى يلزم بالتعويض الحق فى الرجوع على البائع له ، إذ أن ملكية العقار انتقلت إليه بموجب البيع ، والملكية تشمل حق تصرف المالك فى الشىء كما يريد ، ولو أتلف الشىء ، من غير أن يلزم بأى تعويض . فإذا ألزم الحائز بالتعويض للدائنين المقيدين نظير التلف الحاصل ، كان له حق الرجوع على البائع له[3] .

ولا يكون الحائز مسئولا قبل الدائنين المرتهنين عن التلف الحاصل بسبب أجنبى ، كحادث فجائى أو قوة قاهرة أو بسبب القدم أو بسبب الاستعمال العادى ، بل يتحمله الدائنون المقيدون[4] .

٣٣٢ — حق رجوع الحائز — نص قانونى : تنص المادة ١٠٨٠ مدنى على ما يأتى :

---

(١) لوران فقرة ٣٠٣ — جيوار فقرة ١٦٣٤ — بودرى ودى لوان فقرة ٢٢٠٣ وفقرة ٢٢١٧ — محمد كامل مرسى فقرة ٢٠٢ ص ٢٧١ .

(٢) جيوار فقرة ١٦٣٤ — بودرى ودى لوان فقرة ٢٢٠٣ — أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٨٧ وهامش ٥٥ — محمد كامل مرسى فقرة ٢٠٢ ص ٢٧١ .

(٣) بودرى ودى لوان فقرة ٢٢٠٣ — محمد كامل مرسى فقرة ٢٠٢ ص ٢٧١ .

(٤) استئناف مختلط ٢١ ديسمبر سنة ١٨٩٢ م ٥ ص ٥٤ — جيوار فقرة ١٦٢٣ — بودرى ودى لوان فقرة ٢٢٠٣ — محمد كامل مرسى فقرة ٢٠٢ .

« ١ – يرجع الحائز بدعوى الضمان على المالك السابق فى الحدود التى يرجع بها الخلف على من تلقى منه الملكية معاوضة أو تبرعاً » .

« ٢ – ويرجع الحائز أيضاً على المدين بما دفعه زيادة على ما هو مستحق فى ذمته بمقتضى سند ملكيته ، أياً كان السبب فى دفع هذه الزيادة . ويحل محل الدائنين الذين وفاهم حقوقهم ، وبوجه خاص يحل محلهم فيما لهم من تأمينات قدمها المدين ، دون التأمينات التى قدمها شخص آخر غير المدين »[١] .

وجاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ، فى خصوص هذا النص ، ما يأتى : « ويرجع (الحائز) بدعوى ضمان الاستحقاق على من تلقى الملك منه وفقاً لقواعد الضمان فى البيع أو الهبة ، وله أيضاً أن يرجع على المدين بدعوى الإثراء بلا سبب بما دفعه زيادة عما فى ذمته بمقتضى سند ملكيته . ويحل محل الدائنين الذين وفاهم حقوقهم ، طبقاً لقواعد الحلول »[٢] .

ونرى من ذلك أن للحائز ، بعد أن يخرج العقار من ملكه بالمزاد العلنى إلى يد من رسا عليه المزاد ، يكون له حقان فى الرجوع طبقاً للقواعد العامة :

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٥٠٢ من المشروع التمهيدى ، على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . وأقرت النص لجنة المراجعة ، تحت رقم ١١٨٢ فى المشروع النهائى . وأقره مجلس النواب تحت رقم ١١٦٨ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٨٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٣٨ – ص ١٤٠) .

التقنين المدنى السابق م ٥٩٢ / ٧١٨ : الحائز الذى انتزع منه العقار أو إخلاه من تلقاء نفسه حق الرجوع بطريق الضمان على من ملكه إليه إذا كان التمليك بمقابل ، وفى جميع الأحوال له الرجوع على المدين الأصلى بما صرفه بأى صفة كانت .

م ٥٩٣ / ٧١٩ : وله أيضاً الرجوع على المدين المذكور بالمبالغ التى دفعها بأى صفة كانت ، زيادة عن المبلغ الذى كان ألزمه به عقد التمليك إذا أبقى العقار فى يده أو رسا عليه فى المزاد .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٤٢ .

(الحق الأول) ضد المالك السابق الذى تلقى عنه الملكية ، وهو مالك العقار المرهون . فللحائز أن يرجع على مالك العقار المرهون بدعوى الضمان ، إذا كان قد تلقى منه الملكية معاوضة[١] . ونفرض أن مالك العقار المرهون قد باع هذا العقار للحائز ، فالحائز وهو المشترى يستطيع الرجوع على مالك العقار المرهون وهو البائع بضمان الاستحقاق . وللحائز أن يرفع دعوى الضمان بمجرد تسلم الإنذار بالدفع أو التخلية[٢] ، غير أن للقاضى أن يؤجل الفصل فى الطلبات والتعويضات حتى يتم نزع العقار[٣].

أما إذا كان العقار انتقل إلى الحائز تبرعاً بدون مقابل ، فلا يكون للحائز الرجوع على المتبرع إلا إذا اشترط ذلك وفقاً للقواعد العامة[٤].

ويكون الرجوع لتعويض كل الضرر . فإذا رسا مزاد العقار على غير الحائز بثمن أقل من الثمن الذى اشترى به الحائز ، رجع الحائز بقيمة العقار . وإذا رسا مزاد العقار بثمن أزيد من الثمن الذى اشترى به الحائز ، رجع الحائز بثمن المزاد كله[٥] .

(الحق الثانى) ضد المدين الذى دفع الحائز دينه ، ويكون غالباً هو صاحب العقار المرهون . ويرجع عليه بدعوى الإثراء بلا سبب ليتقاضى المبلغ الذى دفعه عنه بالفعل ، أى دينه ينقص منه الثمن الذى بيع به العقار فى المزاد .

---

(١) استئناف مختلط ٨ مايو سنة ١٨٨٩ م ١ ص ١٣٥ – وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة أيضاً بأن الحائز الذى نزع الدائن المرتهن عقاره ، أن يرجع على من ملكه له إذا كان قد باعه إياه ، ولكن ليس له هذا الحق إذا كان العقار قد انتقل له بالهبة أو الوصية ، إلا إذا كان هناك اتفاق على ذلك أو كان استحقاق العقار حاصلا بفعل الواهب بعد الهبة (استئناف مختلط ٩ مارس سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٩٥) .

(٢) لوران فقرة ٣٢٠ – هيك ١٤ فقرة ٥٠ – بودى ودى لوان فقرة ٢٢١٨ .

(٣) استئناف مختلط ٣ مايو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٩٥ .

(٤) دى هلتس فقرة ١٣١ – محمد كامل مرسى فقرة ٢٠٧ ص ٢٧٦ .

(٥) محمد كامل مرسى فقرة ٢٠٧ ص ٢٧٧ .

وللحائز ، فضلا عن الرجوع على المدين بدعوى الإثراء بلا سبب ، أن يرجع عليه أيضاً بدعوى الحلول محل الدائنين الذين وفاهم حقوقهم ، وسيأتى ذكر ذلك[1] .

وإذا كان المدين هو نفس مالك العقار المرهون ، كما إذا رهن المدين عقاره ثم باعه للحائز بعد ذلك ، كان للحائز حق الرجوع عليه بالضمان من استحقاق العقار ، ودعوى الإثراء بلاسبب باعتباره مديناً ، ودعوى الحلول محل الدائنين الذين وفاهم حقوقهم ، ويجب التمييز بين هذه الدعاوى الثلاث لاختلاف شروطها ونتائجها .

وتقول الفقرة الثانية من المادة ١٠٨٠ مدنى فى آخرها ، كما رأينا ، ما يأتى : « ويحل (الحائز) محل الدائنين الذين وفاهم حقوقهم ، وبوجه خاص يحل محلهم فيما لهم من تأمينات قدمها المدين دون التأمينات التى قدمها شخص آخر غير المدين » .

ويفهم من ذلك أن للحائز حقاً ثالثاً غير الحقين السابقين ، وهو دعوى الحلول محل الدائن الذى وفاه حقوقه .

فقد وفى الحائز حقوق كثير من الدائنين المقيدين ، نأخذ واحداً منهم على سبيل المثال . هذا الدائن كان له حق الرجوع على المدين لأنه دائن له ، فيحل الحائز الذى وفى هذا الدائن محله فى الرجوع على المدين .

ونفرض أن هذا الدائن كان له أيضاً حق رهن على عقار آخر للمدين ، فيحل الحائز محل الدائن فى هذا الرهن .

أما إذا كان الرهن قدمه لهذا الدائن شخص آخر غير المدين ، أى قدمه كفيل عينى ، فلا يحل الحائز محل الكفيل العينى فى هذا الرهن طبقاً للقواعد المقررة .

٣٣٣ – الحائز والكفيل : فقد يكون الدين مضموناً بكفالة ،

---

(١) استئناف مختلط ١٤ أبريل سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢٣٧ – ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٤٦ م ٥٩ ص ٤٩ .

شخصية أو عينية ، فاختلف الفقهاء فيما إذا كان للحائز الذى نزعت ملكيته حق الرجوع على الكفيل . يرى القليل من الفقهاء أن للحائز حق الرجوع على الكفيل[1] . ولكن أكثر الفقهاء يرون أن مركز الكفيل مفضل على مركز الحائز ، لأنه كان بإمكان الحائز عند انتقال ملكية العقار إليه أن يخلص من الرهن عن طريق التطهير ، فيخلص نفسه والكفيل من الدين بمقدار الثمن المدفوع ، ولما لم يفعل وجب عدم الرجوع على الكفيل ، وعلى العكس من ذلك إذا دفع الكفيل يرجع على الحائز[2] .

وقد أخذ التقنين المدنى الجديد بهذا الرأى الثانى ، كما رأينا ، فى الفقرة الثانية من المادة ١٠٨٠ مدنى[3] .

٣٣٤ — الرجوع فيما بين الحائزين : وقد تكون هناك جملة عقارات مرهونة كلها فى دين واحد ، وانتقلت ملكية كل عقار منها إلى حائز ، فتعدد الحائزون .

فالحائز الذى بيع عقاره ورسا المزاد على غيره ، ووفى الدائن المرتهن ، يحل محله فى الرجوع على باقى الحائزين ، ويكون له حق الرهن الذى كان لهذا الدائن قبلهم .

ومن رأى الفقهاء أنه يكون لهذا الحائز الرجوع على باقى الحائزين ، كل بنسبة قيمته العقار الحائز له ، بعد أن يخصم الجزء الذى يمثل عقاره[4] .

---

(١) دى هلتس فقرة ١٣٤ .

(٢) لوران ١٨ فقرة ١٢٢ — فقرة ١٢٥ — أوبرى ورو ٣ فقرة ٣٢١ هامش ٨٤ — هامش ٨٥ — جرانمولان فقرة ٥١٣ — محمد كامل مرسى فقرة ٢١٠ .

(٣) محمد كامل مرسى فقرة ٢١٠ .

(٤) استئناف مختلط ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٢٠ م ٣٣ ص ٩٥ — ٢٤ أبريل سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٣١٣ — ١٨ يونيه سنة ١٩٣١ م ٤٢ ص ٤٥٩ — جيوار فقرة ١٦٧١ وفقرة ١٦٩٠ — بودرى ودى لوان فقرة ٢١٧٠ — أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٨٧ هامش ٣٤ وهامش ٦٥ — جرانمولان فقرة ٥١٢ — محمد كامل مرسى فقرة ٢٠٩ .

وقد أخذ التقنين المدنى المصرى الجديد بهذا الرأى ، فنص فى المادة ٣٣١ منه على أنه : « إذا وفى حائز العقار المرهون كل الدين ، وحل محل الدائنين ، فلا يكون له بمقتضى هذا الحلول أن يرجع على حائز لعقار آخر مرهون فى ذات الدين ، إلا بقدر حصة هذا الحائز بحسب قيمة ما حازه من عقار »[1] .

الفصل الثالث

انقضاء الرهن الرسمى

٣٣٥ — الانقضاء بصفة تبعية والانقضاء بصفة أصلية : ينقضى الرهن الرسمى بصفة تبعية إذا انقضى الدين المضمون بالرهن ، فينقضى الرهن تبعاً لانقضاء الدين . ذلك أن الرهن كما قدمنا تابع الدين ، يبقى معه ويزول بزواله ، فإذا زال الدين زال معه الرهن ، ولا يعود إلا إذا عاد الدين .

وينقضى الرهن بصفة أصلية ، إذا زال وحده دون أن ينقضى الدين ؛ فهناك حالات يزول فيها الرهن وحده دون الدين ، فيبقى الدائن ودينه عادى بعد أن كان مضموناً برهن . والحالات التى ينقضى فيها الرهن دون الدين حالات محدودة ، وهى أقل من الحالات التى ينقضى فيها الرهن والدين معاً ، ولكنها موجودة .

فنعقد مبحثين : (١) المبحث الأول فى انقضاء الرهن بصفة تبعية ، أى مع انقضاء الدين . (٢) المبحث الثانى فى انقضاء الرهن بصفة أصلية ، أى دون انقضاء الدين .

---

(١) انظر محمد كامل مرسى فقرة ٢٠٩ .

المبحث الأول

انقضاء الرهن بصفة تبعية

٣٣٦ – أسباب انقضاء الدين هي أسباب انقضاء الرهن بصفة تبعية : ما دام الرهن ينقضى تبعاً لانقضاء الدين ، فينتج من ذلك أن كل سبب يقضى الدين ، يقضى الرهن أيضاً تبعاً لانقضاء الدين : فتكون أسباب انقضاء الدين هى نفسها أسباب انقضاء الرهن بصفة تبعية .

وقبل أن نتكلم فى هذه الأسباب ، نذكر أن الرهن يزول أيضاً بصفة تبعية إذا زال الدين .

٣٣٧ – متى يزول الدين : فقد يزول الدين لأنه لم يوجد صحيحاً ، أو وجد صحيحاً ولكنه زال بأثر رجعى واعتبر كأنه لم يوجد . والرهن مثل الدين فى ذلك ، قد لا يوجد صحيحاً ، أو يوجد صحيحاً ولكنه يزول بأثر رجعى .

٣٣٨ – أسباب زوال الدين : ومن أسباب زوال الدين أنه يوجد فى عقد باطل ، لعدم الرضاء أو لعدم الأهلية أو لانعدام المحل أو لعدم مشروعية السبب أو لخلل فى الشكل ، فيبطل العقد ، ويبطل معه الدين ، ويبطل معهما الرهن ،

ومن أسباب زوال الدين أيضاً أنه يوجد فى عقد قابل للإبطال ، لنقص فى الأهلية أو لعيب فى الرضاء أو لنص فى القانون ، فيختار من له مصلحة فى إبطال العقد إبطاله ، فيبطل ويبطل معه الدين ، فيبطل معهما الرهن . مثل ذلك أن يعقد العقد ناقص الأهلية أو من شاب رضاءه إكراه ، فيعمد ناقص الأهلية أو المكروه إلى إبطال العقد ، فإن أبطل وبطل معه الدين ، بطل معهما الرهن .

ومن أسباب زوال الدين كذلك أن ينشأ فى عقد معلق على شرط فاسخ ، فيتحقق الشرط ويزول العقد بأثر رجعى ، فيزول الدين بأثر رجعى ، ويزول بزوال الدين الرهن بأثر رجعى كذلك .

٣٣٩ — انقضاء الدين : وقد يوجد الدين صحيحاً ، ويبقى ، ولكنه ينقضى بسبب من أسباب انقضاء الالتزام . وبانقضاء الدين ينقضى الرهن معه ، ونستعرض هنا فى إيجاز أسباب انقضاء الالتزام أو الدين ، لأنها هى بحثنا الأصلى .

٣٤٠ — أسباب انقضاء الدين — نص قانونى : ومعروف أن الدين ينقضى بالأسباب الآتية : الوفاء ، والوفاء بمقابل ، والتجديد ، والمقاصة ، واتحاد الذمة ، والإبراء ، واستحالة التنفيذ ، والتقادم . فنستعرضها فى إيجاز سبباً سبباً ، ولكن قبل ذلك نستعرض نصاً تشريعياً ، هو المادة ١٠٨٢ مدنى ، وتنص على ما يأتى :

« ينقضى الرهن الرسمى بانقضاء الدين المضمون ، ويعود معه إذا زال السبب الذى انقضى به الدين ، دون إخلال بالحقوق التى يكون الغير حسن النية قد كسبها فى الفترة ما بين انقضاء الحق وعودته »[١] .

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ، فى خصوص هذا النص ، ما يأتى : « ينقضى حق الرهن بطريقة تبعية مع الدين ، فإذا كان الدين قد انقضى ثم عاد بزوال سبب انقضائه ، كأن كان الوفاء باطلا أو الإبراء صادراً من غير ذى أهلية ، رجع الرهن برجوع الدين .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٥٠٤ من المشروع التمهيدى ، على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . وأقرته لجنة المراجعة ، تحت رقم ١١٨٤ فى المشروع النهائى . ثم أقره مجلس النواب تحت رقم ١١٧٠ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٨٢

التقنين المدنى السابق : لا مقابل .

ولكن إذا كان الغير حسن النية قد كسب على العقار المرهون حقاً عينياً ما بين انقضاء الرهن وعودته ، وجب احترام هذا الحق »[١].

وترى من هذا الرهن الرسمي ينقضي بانقضاء الدين المضمون ، ويكون انقضاؤه بصفة تبعية ، فإنه تابع للدين المضمون ، فينقضي بانقضائه .

ولكن الدين المضمون قد ينقضي ، ثم يرجع إلى الوجود . مثل ذلك إذا انقضى الدين المضمون بالوفاء باطلا كأن كان الموفى به غير مملوك للموفى وبطل الوفاء ، فإن الدين يعود إلى الوجود ، ويعود معه الرهن .

ومثل ذلك أيضاً إذا انقضى الدين المضمون بالإبراء ، وكان الإبراء صادراً من ناقص الأهلية فكان قابلا للإبطال وأبطل ، فإن الدين يعود كما كان ويعود معه الرهن .

ومثل ذلك أخيراً إذا انقضى الدين المضمون باتحاد الذمة ، ثم زال اتحاد الذمة ، فإن الدين المضمون يعود إلى الوجود ويعود معه الرهن .

وإذا عاد الرهن ، ولم يكسب أحد على العقار حقاً عينياً تبعياً ، عاد الرهن بمرتبته الأصلية وكأنه لم ينقض .

أما إذا كسب أحد حقاً عينياً تبعياً كرهن ثان مثلا ، فى الفترة ما بين انقضاء الرهن الأول بوجود سبب الانقضاء وعودة هذا السبب ، فيجب أن نميز بين أمرين :

(الأمر الأول) أن يكون صاحب الرهن الثانى عالماً بما يحيط رهنه من ملابسات ، وأن الرهن الأول قد يعود إلى الوجود بزوال سبب انقضاء الدين ، فإن رهنه الثانى يبقى ثانياً ، ويتقدمه الرهن الأول عند عودته .

(الأمر الثانى) أن يكون صاحب الرهن الثانى جاهلا للملابسات ، ويعتقد بحسن نية أن الدين المضمون بالرهن قد زال وأنه لن يعود ، أو يعتقد أن الدين المضمون بالرهن لم يزل ولكن لم يكن هناك رهن أول ،

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٤٨ – ص ١٤٩ .

فإن الرهن الثانى يصح ويبقى رهناً أولا ، ويتقدم على الرهن الأول عند عودة هذا الرهن .

والآن نعود إلى أسباب انقضاء الدين المضمون بالرهن .

§ ٢ – الوفاء

٣٤١ – اتباع القواعد العامة فى الوفاء والوقوف عند بعض المسائل

إذا انقضى الدين المضمون بالرهن ، انقضى الرهن تبعاً له . وانقضاء الدين المضمون بالرهن عن طريق الوفاء تتبع فيه القواعد العامة المقررة فى وفاء الديون [١] ، وقد تكون هناك بعض مسائل فى الوفاء يحسن الوقوف عندها هنا .

٣٤٢ – الوفاء مع الحلول يجعل الموفى يحل محل الدائن فى الرهن

الذى له : فقد يكون الدين المضمون بالرهن قد وفاه شخص حل محل الدائن ، حلولا قانونياً أو حلولا اتفاقياً . فينتقل إلى الموفى مع الدين المضمون بالرهن ، ما يكفل هذا الدين من تأمينات ، ومنها الرهن .

ومن ثم يرجع الموفى لا على المدين وحده ، بل يرجع أيضاً على الراهن ، لأن الرهن لم يزل بالوفاء مع الحلول . وإذا وفى حائز العقار المرهون كل الدين ، وحل محل الدائنين ، فلا يكون له بمقتضى هذا الحلول أن يرجع على حائز لعقار آخر مرهون فى ذات الدين إلا بقدر حصة هذا الحائز بحسب قيمة ما حازه من عقار (م ٣٣١ مدنى)[٢].

وإذا كان الدين المضمون بالرهن كفيل ، ووفى الكفيل بالدين فحل محل الدائن قانوناً ، رجع الكفيل على العقار المرهون واستوفى منه ما دفعه

---

(١) انظر الوسيط ٣ ص ٦٣٥ – ص ٧٩٤ .

(٢) الوسيط ٣ فقرة ٣٩٩ .

وفاء للدين . أما العكس فغير صحيح ، فلو كان الموفى هو الحائز للعقار المرهون وحل محل الدائن حلولا قانونيا ، فإنه لا يستطيع الرجوع على الكفيل ، إذ لو رجع عليه كان للكفيل أن يرجع هو أيضاً بدوره على الحائز بدعوى الحلول . فلا فائدة إذن من رجوع الحائز على الكفيل ، لأن هذا الحائز مسئول من الدين تجاه الكفيل بموجب الرهن ؛ أما الكفيل فقد رأينا أنه يرجع على الحائز لأنه غير مسئول عن الدين تجاه هذا الحائز[1] .

والوفاء مع الحلول هو وفاء للحق بالنسبة إلى الدائن ، وانتقال للحق للحق بالنسبة إلى المدين ، إذ المدين لم يوف الحق بنفسه بل وفاه عنه غيره ، فلا ينقضي بالنسبة إلى المدين ، بل ينتقل إلى الموفى لأنه هو الذى وفى الحق[2] .

٣٤٣ — الموفى لم يوف إلا جزءا من الدين : وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٣٣٠ مدنى على ما يأتى :

« إذا وفى الغير الدائن جزءاً من حقه ، وحل محله فيه ، فلا يضار الدائن بهذا الوفاء ، ويكون فى استيفاء ما بقى له من حق مقدماً على من وفاه ، ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك » .

والمفروض هنا أن الموفى وفى جزءاً من الدين ، فحل محل الدائن فى هذا الجزء . فاذا تبين أن المدين قد رهن عقاراً فى الدين ، وليس يفى العقار بكل الدين ، وليس للمدين أموال أخرى ، فإن الموفى وقد وفى جزءاً من الدين ، والدائن الأصلى ولا يزال دائناً بالجزء الباقى ، لا يجد أن أمامهما سوى هذا العقار فيستوفى كل منهما حصة منه ، ويتقدمان معاً على سائر الغرماء بما لهما من حق الرهن . ولكن فيما بينهما كان ينبغى أن يتعادلا ، فإن كلا منهما دائن بجزء من دين واحد ، فلا محل لتفضيل أحدهما عن الآخر . ولكن النص ، وهو فى ذلك يترجم عن النية المحتملة للطرفين —

---

(١) الوسيط ٣ فقرة ٤٠٠ .

(٢) الوسيط ٣ فقرة ٤٠٥ .

يفترض أن الدائن لم يكن ليرضى باستيفاء جزء من حقه إلا وهو مشترط على الموفى أن يتقدم عليه فى استيفاء الجزء الباقى . وعلى هذا الأساس قد قبل وفاء جزئياً ما كان الموفى يستطيع أن يجبره عليه ، ومن ثم يتقدم الدائن الأصلى على الموفى فى الفرض الذى نحن بصدده ، ويستوفى أولا الجزء الباقى له من الدين ، وما بقى بعد ذلك من ثمن العقار يأخذه الموفى فلا يستوفى به كل حقه . ونرى من ذلك أن الموفى ، وقد حل محل الدائن فى جزء من حقه ، لم يعامل معاملة الدائن ، بل فضل الدائن عليه .

على أن هذه القاعدة ليست إلا افتراضاً لما أراده الدائن والموفى ، فهى ليست قاعدة من النظام العام . ومن ثم يجوز للدائن والموفى أن يتفقا على غير ذلك ، فلهما أن يتفقا على أنهما يتعادلان ويتقاسمان مال المدين قسمة الغرماء ، بل لهما أن يتفقا على أن الموفى هو الذى يتقدم الدائن فيستوفى أولا الجزء من الدين الذى وفاه ، وما بقى بعد ذلك يأخذه الدائن . وهذا ما يقع غالباً ، فإن الموفى وهو يفى للدائن بجزء من حقه يكون عادة هو الجانب الأقوى الذى يملى شروط الوفاء ، فسرعان ما يشترط أن يتقدم الدائن فى استيفاء حقه من المدين[1] .

٣٤٣ – تعذر الوفاء للدائن وإيداع الدين : وقد يجد المدين نفسه فى حالة تعذر أن يوفى دينه للدائن المرتهن مباشرة ، ويتحقق ذلك فى الفروض الآتية :

أولا – إذا كان الدائن قد مات عن ورثة انتقل إليهم الدين فى الحالات التى ينتقل فيها ، ولكن المدين يجهل من هم هؤلاء الورثة ، عند ذلك لا يسعه إلا أن يودع الدين على ذمة صاحبه ، دون عوض حقيقى أو إعذار .

ثانياً – إذا كان الدائن عديم الأهلية أو ناقصها ، ولم يكن له نائب يقبل عنه الوفاء ، فلا يجد المدين بداً من إيداع الدين على ذمة هذا الدائن ،

---

(١) الوسيط ٣ فقرة ٤٠١ ص ٦٩٦ – ص ٦٩٨ .

دون أن يعرضه عرضاً حقيقياً . وقد يجد المدين نفسه ، بعد أن كان دائنه كامل الأهلية ثم مات عن وارث قاصر ، أمام هذا الوارث وليس له نائب يقبل عنه الوفاء ، فيضطر أيضاً فى هذه الحالة إلى إيداع الدين على ذمته .

ثالثاً — إذا كانت هناك أسباب جدية تبرر هذا الإجراء . فمتى قام سبب جدى يمنع المدين من عرض الدين على الدائن وهو مع ذلك يريد الوفاء به ، فليس أمامه إلا أن يودعه على ذمة الدائن . مثل ذلك أن يريد المشترى الوفاء بالثمن للبائع ، ولكن البائع يمتنع عن القيام للتصديق على إمضائه فى عقد البيع ، فلا يجد المشترى بداً من إيداع الثمن على ذمة البائع بشرط ألا يقبضه إلا بعد التصديق على الإمضاء ، ثم يعمد بعد ذلك إلى رفع دعوى بثبوت البيع .

وفى هذه الفروض المتقدمة ، ليس على المدين إلا أن يودع الدين دون حاجة إلى عرض حقيقى ، فتبرأ ذمته[1] .

ومتى برأت ذمة المدين من الدين ، يكون الدين قد انقضى ، فينقضى معه الرهن .

وهكذا يستطيع المدين عادة أن يجد طريقاً للخلاص من الدين أو إبراء ذمته ، فمتى فعل وانقضى الدين ، انقضى الرهن تبعاً لانقضاء الدين .

§ ١ — الوفاء بمقابل

٣٤٥ — القواعد العامة للوفاء بمقابل : وقد ينقضى الدين ، لا بالوفاء ، ولكن بالوفاء بمقابل . والقواعد العامة التى تنطبق على الوفاء بمقابل تنطبق هنا أيضاً[2] ، ومتى انقضى الدين انقضى معه الرهن .

٣٤٦ — التكييف القانونى للوفاء بمقابل : والوفاء بمقابل عمل مركب ،

---

(١) الوسيط ٣ فقرة ٤٢٨ .

(٢) الوسيط ٣ فقرة ٤٢٨ .

فهو تجديد ووفاء عن طريق نقل رالملكية . فالوفاء بمقابل تجديد بتغيير محل الدين ، ومتى تغير محل الدين عمد المدين إلى الوفاء بالمحل الجديد[١].

٣٤٧ — ضمان الاستحقاق فى الوفاء بمقابل : وإذا استحق المقابل فى يد الدائن ، رجع على المدين . ولا يرجع بالدين الأصلى ، فإن هذا الدين قد انقضى بالتجديد ، وانقضت تأميناته معه ومنها الرهن ، فلا يعود. ولا تعود . وإنما يرجع بضمان الاستحقاق كما يرجع المشترى على البائع ، لأنه إنما يطعن فى التصرف الخاص بنقل الملكية لا التصرف الخاص بالتجديد : إذ التجديد قد أصبح باتاً لا رجوع فيه ، وهو الذى قضى الدين الأصلى بالرهن الذى يكفله وبتأميناته الأخرى ، وأقام مقامه الدين الجديد الذى يستوجب تنفيذه نقل الملكية .

ولا شك فى أن الرجوع بضمان الاستحقاق أرجح للدائن من الرجوع بالدين الأصلى ، ولكن الرهن الكافل للدين الأصلى وبقية التأمينات تنقضى كما انقضى الدين الأصلى ، الذى انقضى بالتجديد ، فلا تكفل ضمان الاستحقاق[٢] .

٣٤٨ — الوفاء بمقابل يقضى الدين الجديد : ثم إن الوفاء بمقابل ، باعتباره وفاء ، يقضى الدين الجديد الذى حل محل الدين الأصلى ، أما الدين الأصلى فقد انقضى بالتجديد . ومن ثم تترتب النتائج الآتية :

(١) يزول الرهن الذى كان يكفل الدين الأصلى ومعه سائر التأمينات ، ولا تعود حتى لو استحق المقابل فى يد الدائن ، وهذه النتيجة مترتبة على أن الدين الأصلى قد انقضى وانقضى معه الرهن وسائر التأمينات عن طريق التجديد ؛

---

(١) الوسيط ٣ فقرة ١٨٠ .

(٢) الوسيط ٣ فقرة ٤٨٢ ص ٨٠٨ — ص ٨٠٩ .

(٢) إذا تبين أن المدين قد دفع مقابلا لدين لا وجود له ، اتبعت أحكام الوفاء لا أحكام نقل الملكية . ومن ثم لا يرجع المدين على الدائن بمقدار الدين ، ولكن يسترد منه المقابل الذى دفعه بدعوى استرداد غير المستحق .

(٣) يجوز لدائنى المدين أن يطعنوا بالدعوى البولصية فى الوفاء بمقابل باعتبار أنه وفاء . فإذا وفى المدين المعسر ، وفاء بمقابل ، أحد دائنيه قبل انقضاء الأجل الذى عين أصلا للوفاء ، لم يسر هذا الوفاء بمقابل فى حق باقى الدائنين . وكذلك لا يسرى فى حقهم الوفاء بمقابل ولو حصل بعد انقضاء هذا الأجل ، إذا كان قد تم نتيجة تواطؤ بين المدين والدائن الذى استوفى المقابل[1] .

٣ – التجديد

٣٤٩ – **القواعد العامة للتجديد تسرى** : والقواعد العامة للتجديد[2] تسرى هنا أيضاً بوجه عام . والتجديد عمل مركب ، فهو قضاء دين قديم وإنشاء دين جديد يحل محله .

وإذا كان الالتزام الجديد لا يغاير الالتزام القديم فى عنصر هام ، فى الدين أو فى المدين أو فى الدائن ، فلا يعدو الأمر أن يكون هذا إقراراً (reconnaissance) بالالتزام القديم كما هو دون تغيير ، أو قراراً (ratification) له حتى يسرى فى حق الغير ، أو إجازة (confirmation) له حتى يزول البطلان ، أو نحو ذلك ، ولكنه لا يكون على كل حال تجديداً . كذلك إدخال تعديل غير جوهرى على الالتزام القديم لا يعد تجديداً ؛ فإضافة أجل إلى الالتزام القديم ، أو مد أجل قائم أو إلغاء أجل موجود ،

---

(١) انظر الوسيط ٣ فقرة ٤٨٣ .

(٢) الوسيط ٣ فقرة ٤٨٤ – فقرة ٥٢٤ .

كل ذلك لا يعد تعديلا جوهرياً إلى حد أن يكون هناك تجديد . كذلك إضافة شرط جزائى ، أو تقديم تأمين شخصى أو عينى ، أو إلغاء هذا التأمين ، أو تعديل مكان الوفاء ، أو تعديل سعر الفائدة بخفضها أو برفعها ، أو تغيير مقدار الدين بزيادة أو بنقص ، كل ذلك لا يعد تعديلا جوهرياً يترتب عليه تجديد الالتزام . وهذا كله ما لم يصرح الطرفان أنهما أرادا تجديداً ، فيتم التجديد ، وتعتبر هذه التعديلات عندئذ تغييراً فى محل الدين .

أما تعليق التزام منجز على شرط واقف أو شرط فاسخ ، أو إلغاء شرط واقف أو شرط فاسخ كان الالتزام معلقاً عليه فأصبح التزاماً منجزاً ، فإن هذا يعد تعديلا جوهرياً فى الالتزام إلى حد أن يكون تجديداً له بتغيير محل الدين[1] .

٣٥٠ — تقييد الالتزام فى حساب جار : ومجرد تقييد الالتزام فى حساب جار لا يكون تجديداً لهذا الالتزام ، لأن مجرد تقييد الالتزام فى الحساب الجارى قبل قطع رصيد الحساب لاينشئ التزاماً جديداً . لكن الالتزام الذى قيد فى الحساب الجارى تفنى ذاتيته ويصير قلما من أقلام الحساب ، وينقضى الالتزام قبل أن يتم تجديده ، ويحل محله عنصر حسابى هو الدائنية أو المديونية التى يمثلها الالتزام فى الحساب الجارى .

ويترتب على أن الالتزام ينقضى حتى قبل أن يتم التجديد أن تزول عنه صفته المدنية إذا كان ديناً مدنياً ، ولا يعود يخضع لسريان التقادم . وكان ينبغى ، إذا كان الالتزام مضموناً برهن ، أن ينقضى هذا الرهن بانقضاء الالتزام المضمون بالرهن ، لولا أن المادة ٣٥٥ مدنى تنص على ما يأتى : « ١ — لا يكون تجديداً مجرد تقييد الالتزام فى حساب جار . ٢ — وإنما يتجدد الالتزام إذا قطع رصيد الحساب وتم إقراره ، على أنه

(١) الوسيط ٣ فقرة ٤٩٠ .

إذا كان الالتزام مكفولا بتأمين خاص ، فإن هذا التأمين يبقى ما لم يتفق على غير ذلك » .

فإذا كان الالتزام مضموناً برهن رسمى مثلا ، فبالرغم من أنه قد انقضى وإن كان لم يتجدد ، فإن الرهن الرسمى لا ينقضى تبعاً للالتزام المضمون به ، ولكنه يبقى كما يقول النص .

فإذا ما قطع رصيد الحساب الجارى وتم إقراره ، فإن الرصيد يكون حقاً لأحد طرفى الحساب وديناً فى ذمة الآخر . وعند ذلك يتم تجديد جميع الالتزامات المقيدة فى الحساب الجارى ، ويصبح هذا الرصيد هو الالتزام الجديد الذى حل محل الالتزامات المقيدة ، وينتقل إلى الرصيد التأمين الخاص الذى كان يكفل الالتزام المقيد ، والذى رأيناه يبقى بالرغم من انقضاء هذا الالتزام . ذلك أن القانون يفترض أن نية الطرفين قد انصرفت إلى استبقاء التأمين الخاص بعد تقييد الالتزام ، فإذا ما قطع الرصيد انتقل التأمين إليه فأصبح مكفولا به . وغنى عن البيان أن هذا مجرد افتراض يجوز إسقاط دلالته عن طريق اتفاق الطرفين على زوال التأمين بمجرد تقييد الالتزام فى الحساب وانقضائه على هذا الوجه[1] .

٣٥١ — نقل التأمينات من الالتزام القديم إلى الالتزام الجديد : تنص المادة ٣٥٧ مدنى على ما يأتى :

« ١ — إذا كانت هناك تأمينات عينية قدمها المدين لكفالة الالتزام الأصلى ، فإن الاتفاق على نقل هذه التأمينات إلى الالتزام الجديد تراعى فيه الأحكام الآتية : » .

« (أ) إذا كان التجديد بتغيير الدين ، جاز للدائن والمدين أن يتفقا على انتقال التأمينات للالتزام الجديد فى الحدود التى لا تحقق ضرراً للغير » .

---

(١) الوسيط ٣ فقرة ٤٩٨ ص ٨٣٩ — ص ٨٤٠ .

« (ب) إذا كان التجديد بتغيير المدين ، جاز للدائن والمدين الجديد أن يتفقا على استبقاء التأمينات العينية ، دون حاجة إلى رضاء المدين القديم » .

« (حـ) إذا كان التجديد بتغيير الدائن ، جاز للمتعاقدين ثلاثتهم أن يتفقوا على استبقاء التأمينات » .

« ٢ — ولا يكون الاتفاق على نقل التأمينات العينية نافذاً في حق الغير إلا إذا تم مع التجديد في وقت واحد ، هذا مع مراعاة الأحكام المتعلقة بالتسجيل » .

وتنص المادة ٣٥٨ مدنى على ما يأتى :

« لا ينتقل إلى الالتزام الجديد الكفالة ، عينية كانت أو شخصية ، ولا التضامن ، إلا إذا رضى بذلك الكفلاء والمدينون المتضامنون »[١].

§ ٤ — المقاصة

٣٥٢ — القواعد العامة للمقاصة تسرى : وتسرى هنا أيضاً القواعد العامة المقررة فى شأن المقاصة[٢] . والمقاصة أداة وفاء ، وأداة ضمان . فأما أنها أداة وفاء ، فذلك يستخلص من انقضاء دينين متقابلين توافرت فيهما شروط معينة . وأما أن المقاصة أداة ضمان ، فذلك ظاهر أيضاً من أن الدائن الذى يستوفى حقه من الدين الذى فى ذمته لمدينه إنما يختص بهذا الدين الذى فى ذمته دون غيره من دائنى المدين . فيستوفى حقه منه متقدماً عليهم جميعاً ، ومن ثم تكون المقاصة من شأنها أن تقدم للدائن تأميناً ، فهى من هذا الوجه أداة ضمان[٣] .

وقد أوجب التقنين المدنى الجديد على ذى المصلحة في المقاصة أن

---

(١) انظر فى ذلك الوسيط ٣ فقرة ٥٠٣ — فقرة ٥١٠ .

(٢) الوسيط ٣ فقرة ٥٢٥ — فقرة ٥٦٠ .

(٣) الوسيط ٣ فقرة ٥٢٥ .

يتمسك بها ، والتمسك بالمقاصة يراد به تأكيد أن المقاصة ليست من النظام العام بل هي مقررة لمصلحة الطرفين ، وأن القاضي لا يجوز له أن يقضي بها من تلقاء نفسه حتى لو علم بوقوعها وإنما يجب على ذي المصلحة أن يتمسك بها . والتمسك بالمقاصة يصح في أية حالة كانت عليها الدعوى ، ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف . بل يصح التمسك بالمقاصة حتى بعد صدور حكم نهائي ، وفي أثناء إجراءات التنفيذ . ذلك أن المقاصة تقع بحكم القانون دون حاجة إلى إعلان عن الإرادة ، والتمسك بها ليس إلا إعلاناً للقاضي أن ذا المصلحة فيها يطلب الحكم بوقوعها ، وإغفال التمسك بها قد يؤول على أن ذا المصلحة قد نزل عنها بعد ثبوتها .

بل ويمكن التمسك بالمقاصة خارج مجلس القضاء ، ولا يعتبر هذا التمسك تصرفاً قانونياً ، إنما هو إشعار للطرف الآخر بوقوع المقاصة .

فالمقاصة ليست من النظام العام ، ويجوز إذن لمن تقررت لمصلحته أن ينزل عنها ، صراحة أو ضمناً[١] .

٣٥٣ — حالة من حالات النزول الضمني عن المقاصة : وقد نصت المادة ٣٦٩ مدني على ما يأتي :

« إذا وفى المدين ديناً ، وكان له أن يطلب المقاصة فيه بحق له ، فلا يجوز أن يتمسك إضراراً بالغير بالتأمينات التي تكفل حقه ، إلا إذا كان يجهل وجود هذا الحق » .

وهذا النص يفرض أن المدين وفى دينه للدائن ، بالرغم من وجود حق له في ذمة الدائن كان من الممكن أن يقاص به دينه فلم يفعل . وهنا يجب التمييز بين حالتين :

أولا — حالة ما إذا كان المدين وهو يدفع دينه يعلم بوجود حق له يمكن أن يقاص به الدين ، فلم يتمسك مع ذلك بالمقاصة ودفع الدين . وهنا

(١) الوسيط ٣ فقرة ٥٤٦ .

يجب تأويل عدم تمسك المدين بالمقاصة مع علمه بجواز التمسك بها أن هذا نزول ضمنى منه عن التمسك بحقه فى المقاصة بعد ثبوتها . ومن ثم ينقضى الدين الذى كان فى ذمة المدين بالوفاء ، ويعود للمدين حقه الذى كان قد انقضى بالمقاصة . ولكن لا يعود من التأمينات التى كانت تكفل هذا الحق ما تضر عودته بالغير ، فلا يضار دائن مرتهن متأخر فى المرتبة عن مرتبة الرهن الذى كان يكفل الحق ، لأن هذا الرهن قد زال لأنه يكفل حقاً كان يجب أن ينقضى بالمقاصة .

ثانياً — حالة ما إذا كان المدين وهو يدفع دينه يجهل وجود حق له يمكن أن يقاص به الدين ، فهنا لا يمكن القول بأن المدين قد نزل عن التمسك بالمقاصة فى هذا الحق . وجعل القانون من جهل المدين بحقه المكفول برهن عذراً مقبولا ، فاعتد بالوفاء الصادر منه على أنه وفاء لدين قائم فى ذمته ، لا على أنه وفاء لدين انقضى بالمقاصة . وما دامت المقاصة لم تقع ، فإن حق المدين يبقى مع الرهن الذى يكفله ، وذلك كله رعاية لحسن نية المدين »[1] .

§ ٥ — اتحاد الذمة

٣٥٤ — القواعد العامة فى اتحاد الذمة تسرى : وتسرى هنا أيضاً القواعد العامة لاتحاد الذمة[2] . واتحاد الذمة يتحقق ، أكثر ما يتحقق ، عن طريق الميراث . وله صورتان : (الصورة الأولى) حيث يرث المدين الدائن ، ويرث المدين حق الدين ، فتتحد الذمة فى الدين ، وهذا صحيح فى مصر ، لأن قواعد الفقه الإسلامى ، وهى التى تطبق فى الميراث ، تقره وتنقل حقوق الدائن إلى ورثته ، (الصورة الثانية) حيث يرث الدائن المدين ، فتكون التركة هى المدينة للدائن ، والدائن هو الوارث . وهنا

---

(١) الوسيط ٣ فقرة ٥٤٧ .

(٢) الوسيط ٣ فقرة ٥٦١ — فقرة ٥٧٤ .

تأبى قواعد الفقه الإسلامى أن تتحد الذمة فى الدين ، إذ أن الدائن لا يرث الدين الذى على التركة ، فالديون لا تورث ولا تركة إلا بعد سداد الدين . فتبقى التركة منفصلة عن مال الدائن حتى تسدد دينها لهذا الدائن ، ثم يرث الدائن بعد ذلك من التركة ما يبقى بعد سداد الديون ، فلا يكون هناك مجال لاتحاد الذمة فى هذه الصورة . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا المعنى : « ورغم أن نصيب هذا النظام من الأهمية جد ضئيل ، إذ أن الشريعة الإسلامية لا تقر أحد تطبيقيه الرئيسيين ، فقد أفرد له المشروع مادتين (أدمجتا بعد ذلك فى مادة واحدة) ، تناول فى أولاهما تحديد نظامه ، واستظهر فى الثانية الأثر المترتب عليه[1] » .

وقل أن تتحد الذمة عن طريق التصرف القانونى ما بين الأحياء . ومع ذلك فهناك مثل أورده المشرع ، إذ نص فى الفقرة الأولى من المادة ٤٦٩ مدنى على ما يأتى : « إذا كان الحق المتنازع فيه قد نزل عنه صاحبه بمقابل إلى شخص آخر ، فللمتنازل ضده أن يتخلص من المطالبة إذا هو رد إلى المتنازل الثمن الحقيقى الذى دفعه مع المصروفات وفوائد الثمن من وقت الدفع » . فهذا دين متنازع فيه فى ذمة المدين للدائن ، وقد حوله الدائن بمقابل إلى شخص آخر ، فيستطيع المدين أن يحول الصفقة إليه عن طريق رد الثمن والفوائد إلى المحال له ، فيصبح المدين ، بفضل هذا الاسترداد ، دائناً لنفسه ، وتتحد الذمة فى الدين . والواقعة التى أدت إلى اتحاد الذمة هنا هى تصرف قانونى ما بين الأحياء ، فان استرداد الدين ينطوى على تصرف قانونى . والمثل الآخر الذى يورده الفقه عادة لتصرف قانونى ما بين الأحياء يكون سبباً لاتحاد الذمة هو مثل الكمبيالة قبلها المسحوب عليه ، فأصبح مديناً بقيمتها . وقبل حلول ميعاد استحقاقها يشتريها المسحوب عليه فتصبح ملكه ، ومن ثم يصير دائناً لنفسه . فتجتمع صفتا المدين

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٩١ .

والدائن ، وتتحد الذمة فى الدين . وسبب اتحاد الذمة هنا هو شراء المسحوب عليه للكمبيالة ، وهذا تصرف قانونى مابين الأحياء[1] .

٣٥٥ — عودة الدين إلى الظهور : فإذا زال بأثر رجعى السبب الذى أدى إلى اتحاد الذمة ، اعتبر اتحاد الذمة كأن لم يكن ، وعاد الدين إلى الظهور والنفاذ بعد أن كان موقوفاً من ناحية المطالبة[2] .

ويعود الدين بمقوماته الأصلية ، فيرجع ديناً مدنياً أو تجارياً ، منتجاً لفوائد أو غير منتج لها ، مشمولا بسند تنفيذى أو غير مشمول به ، بحسب الأحوال . ويعود أيضاً الرهن والتأمينات التى كانت تكفله من كفيل شخصى وكفيل عينى ورهن وغير ذلك .

مثل ذلك أن يكون السبب الذى أدى إلى اتحاد الذمة وصية ، فأوصى الدائن بالدين للمدين ، ومات الدائن فاتحدت الذمة فى الدين . ثم تبين بعد ذلك أن الوصية قابلة للإبطال فأبطلت ، وزال بأثر رجعى هذا السبب الذى أدى إلى اتحاد الذمة . عند ذلك يعود الدين فى ذمة المدين للتركة ، ويعود كما كان بصفاته ودفوعه وتأميناته . وتطالب التركه المدين بالدين ، بعد أن كانت كفت عن المطالبة بسبب اتحاد الذمة .

ومثل ذلك أيضاً أن يقبل الكمبيالة المسحوب عليه ، ويشتريها بعقد قابل للإبطال ، ثم يبطل العقد .

ومثل ذلك أخيراً أن يتخلص المدين من دين متنازع فيه بدفعه الثمن والفوائد ، ثم يتبين بعد ذلك أنه كان قاصراً وقت تخلصه ، فيبطل التصرف .

فى هذه الأحوال جميعاً يعتبر اتحاد الذمة كأن لم يكن بعد أن زال سببه

---

(١) الوسيط ٣ فقرة ٥٦٥ .

(٢) الوسيط ٣ فقرة ٥٧٣ .

بأثر رجعى ، ويعود الدين إلى الظهور ، بما كان يكفله من رهن وتأمينات .

وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٣٧٠ مدنى على هذه الأحكام ، إذ تقول : « وإذا زال السبب الذى أدى إلى اتحاد الذمة ، وكان لزواله أثر رجعى ، عاد الدين إلى الوجود وهو وملحقاته بالنسبة إلى ذوى الشأن جميعاً ، ويعتبر اتحاد الذمة كأن لم يكن » .

٣٥٦ — زوال السبب الذى أدى إلى اتحاد الذمة بأثر غير رجعى : وقد يزول بأثر غير رجعى السبب الذى أدى إلى اتحاد الذمة . ويمكن تصور ذلك إذا ورث المدين الدائن فاتحدت الذمة فى الدين ، ثم اتفق الوارث باعتباره دائناً مع شخص آخر فحول الدين له . فى هذه الحالة يعود الدين إلى الظهور فى ذمة الوارث باعتباره مديناً ، ويصبح المحال له دائناً للوارث .

ولكن لا يضار الغير بعودة الدين على هذا الوجه . فى المثل الذى نحن بصدده ، إذا كان للدين كفيل عينى أو شخصى ، وبرئت ذمة هذا الكفيل باتحاد الذمة ، ثم عاد الدين بأثر غير رجعى ، فإن الكفالة العينية (الرهن) أو الشخصية لا تعود . ولا يستطيع المحال له أن يرجع على الكفيل ، لأن الكفيل من الغير فى الاتفاق الذى تم بين الوارث والمحال له ، وقد برئت ذمته من الكفالة ، فلا يضار بسبب اتفاق لم يكن هو طرفاً فيه[1].

§ ٦ – الإبراء من الدين

٣٥٧ — القواعد العامة للإبراء تسرى : وهنا أيضاً تنطبق القواعد العامة للإبراء[2] . والإبراء تصرف تبرعى صادر من جانب واحد هو الدائن المبرئ ، وينقضى به الدين ، فيزول الرهن . وتنص المادة ٣٧٢ مدنى على ما يأتى : « ١ — يسرى على الإبراء الأحكام الموضوعية التى

---

(١) الوسيط ٣ فقرة ٥٧٤ .

(٢) الوسيط ٣ فقرة ٥٧٦ – فقرة ٥٨٤ .

تسرى على كل تبرع . ٢ – ولا يشترط فيه شكل خاص ، ولو وقع على التزام يشترط لقيامه شكل فرضه القانون أو اتفق عليه المتعاقدان » .

وكان الإبراء فى التقنين المدنى السابق اتفاقاً يتم بين الدائن والمدين على انقضاء الدين دون مقابل . وقد عدل التقنين المدنى الجديد عن هذا التكييف التقليدى ، وصرح فى المادة ٣٧١ مدنى بأن الإبراء يتم « متى وصل إلى علم المدين ، ويرتد برده » . ومعنى ذلك أن الإبراء يتم بارادة الدائن وحده ، لا باتفاق بين الدائن والمدين . وقد اقتبس التقنين المدنى الجديد هذا التكييف المستحدث من الفقه الإسلامى ، ففيه يتم الإبراء بإرادة الدائن المنفردة ، ويرتد برد المدين .

٣٥٨ – الإبراء يقضى الدين : والإبراء سبب من أسباب انقضاء الالتزام ، على أن الإبراء يرتد برد المدين إياه . فإذا وصل الإبراء إلى علم المدين ، ولم يرده فى المجلس الذى علم فيه ، لم يستطع أن يرده بعد ذلك . أما إذا رده فى المجلس ، فانه يرتد ويزول أثره ، ويبقى الدين فى ذمة المدين بجميع تأميناته ومنها الرهن الرسمى[1].

٣٥٩ – وينقضى مع الدين تأميناته ويدخل فيها الرهن الرسمى : وإذ ينقضى الدين بالإبراء ، فإنه ينقضى ما كان يكفله من تأمينات ، ويدخل فيها الرهن الرسمى .

٣٦٠ – إبراء الدائن للمدين من الدين ونزوله عن الرهن الرسمى : وقد يتفق أن الدائن يتلقى رهناً رسمياً من المدين يكفل له الوفاء بالدين .

وهنا إذا أبرأ الدائن المدين من الدين ، برئت ذمة المدين وانقضى الدين ، وانتهى معه الرهن الذى يكفله . وقد يكتفى الدائن بالنزول عن الرهن الرسمى ، وفى هذه الحالة يزول الرهن الرسمى وحده بالنزول عنه

(١) الوسيط ٣ فقرة ٥٨٢ .

من الدائن المرتهن ، ولكن الدين يبقى إذ لم يوجد سبب لزواله . فالرهن يزول مع الدين كما قدمنا ، ولكن الدين لا يزول مع الرهن ، إذ أن الرهن تابع والدين أصيل .

§ ٧ – استحالة التنفيذ

٣٦١ – القواعد العامة لاستحالة التنفيذ تسرى : وهنا أيضاً تسرى القواعد العامة لاستحالة التنفيذ[١] . ويلاحظ أن استحالة التنفيذ التى تقضى الدين يجب أن تكون استحالة ترجع إلى سبب أجنبي لا يد للمدين فيه ، فإن كانت الاستحالة راجعة إلى خطأ المدين لم ينقض الدين . وإذا كان الدين يبقى ، كان تنفيذه العينى أصبح مستحيلا على كل حال ، ومن ثم يؤول إلى تعويض فى ذمة المدين جزاء خطأه . ولا يجوز القول بأن الالتزام الأصلى قد انقضى وحل محله التزام جديد محله التعويض ، بل إن الالتزام الأصلى باق بعينه وإنما تحول محله من التنفيذ العينى إلى التعويض . ولو قلنا إن الالتزام الأصلى قد انقضى إذا استحال التنفيذ بخطأ المدين ، لترتب على ذلك انقضاء الرهن الرسمى وسائر التأمينات التى كانت تكفل الالتزام الأصلى ، مع أن الرهن والتأمينات تبقى متى كان خطأ المدين هو السبب فى استحالة تنفيذ الالتزام الأصلى[٢] .

٣٦٢ – انقضاء الالتزام وتوابعه باستحالة التنفيذ لسبب أجنبي : ويترتب على استحالة تنفيذ الالتزام بسبب أجنبي ، أن ينقضى هذا الالتزام ، وينقضى معه الرهن الرسمى الذى كان يكفله .

ولا ينقضى الرهن الرسمى فقط ، بل تنقضى جميع توابع الالتزام ، وبخاصة تنقضى جميع التأمينات العينية والشخصية التى كانت تكفله . فإذا

---

(١) الوسيط ٣ فقرة ٥٨٥ – فقرة ٥٩٠ .

(٢) الوسيط ٣ فقرة ٥٧٨ .

كان هناك رهن أو حق امتياز أو حق اختصاص يكفل الالتزام قبل استحالة تنفيذه ، فإن هذه الحقوق العينية تنقضي بانقضاء الالتزام ، ويجب على الدائن محو القيد الذى كان يشهر هذه التأمينات .

وإذا كان للالتزام كفيل ، عينى أو شخصى ، ثم استحال تنفيذ الالتزام بسبب أجنبي فانقضى وبرئت ذمة المدين منه ، فإن ذمة الكفيل العينى أو الشخصى تبرأ تبعاً لبراءة ذمة المدين .

ومتى انقضى الالتزام وتوابعه ، فإن المدين يلتزم بأن ينزل للدائن عما قد يكون له من حق أو دعوى فى التعويض عن الشىء الذى هلك . فإذا كان الشىء مؤمناً عليه فاستحق المدين مبلغ التأمين ، أو كان هلاك الشىء بفعل أجنبي فاستحق المدين التعويض ، وجب على المدين أن ينقل للدائن حقه فى مبلغ التأمين أو حقه فى التعويض »[1] .

§ ٨ ـ التقادم المسقط

٣٦٣ — القواعد العامة للتقادم المسقط تسرى : وتنطبق هنا أخيراً القواعد العامة للتقادم المسقط[2] . ويلاحظ أننا الآن فى صدد انقضاء الدين ذاته وانقضاء الرهن بصفة تبعية ، لا فى صدد انقضاء الرهن بصفة أصلية التى سيأتى الكلام فيه فيما يلى .

٣٦٤ — التمسك بالتقادم من كل ذى مصلحة : وإلى جانب المدين وخلفه لكل ذى مصلحة أن يتمسك بالتقادم ، ومن ذوى المصلحة الذين يحق لهم التمسك بالتقادم الحائز للعقار المرهون .

فللحائز أن يدفع بتقادم الدين المضمون بالرهن . فلو فرض أن المدين رهن عقاراً ضماناً للوفاء بدينه ، ثم باع هذا العقار ومضت على الدين مدة

---

(١) الوسيط ٣ فقرة ٥٨٩ .

(٢) الوسيط ٣ فقرة ٥٩١ — فقرة ٦٨٠ .

التقادم ، ورجع الدائن على حائز العقار يطالبه بالدين ، فللحائز أن يدفع الدين بالتقادم .

فإن كان المدين يعلم أن الدين لا يزال فى ذمته وتحرج من أن الحائز دفعه بالتقادم ، فما عليه إلا أن يوفيه للدائن ، فهو المدين الأصلى الذى يجب عليه الوفاء[1] .

٣٦٥ — سقوط الدين وتوابعه بالتقادم : وإذا تمسك المدين بالتقادم فى دين تم تقادمه ، فإن الدين يسقط ، ويسقط مع الدين توابعه من رهن رسمى وحق امتياز وحق اختصاص وكفالة وما إلى ذلك . فينقضى الرهن بانقضاء الدين بالتقادم ، فإن التابع يزول بزوال الأصل .

كذلك يسقط مع الدين ما استحق من فوائده وملحقاته ، باعتبارها توابع الدين[2] .

٣٦٦ — التقادم يسقط الحق والدعوى معا : والتقادم لا يقتصر على إسقاط الدعوى ، بل يسقط الحق والدعوى جميعاً ، ومتى سقط الحق سقطت معه توابعه ، ومنها التأمينات التى تكفل الحق ويدخل فيها الرهن الرسمى .

ومما يقطع فى أن الحق ذاته هو الذى يسقط أن المدين ، فى غير الديون التى يقوم فيها التقادم على محض قرينة الوفاء ، لو أقر أمام القضاء بعد أن تمسك بالتقادم أن الدين باق فى ذمته ، فإن إقراره هذا لا يلزمه بالدين ، إذ الدين يكون قد سقط .

بل إن من الفقهاء من ذهب إلى أن التقادم يقضى الحق والدعوى معاً كما تقضيها الأسباب الأخرى لانقضاء الالتزام ، فلا يتخلف عن الالتزام المتقادم التزام طبيعى[3] .

---

(١) الوسيط ٣ فقرة ٦٤٩ ص ١١٣٦ .

(٢) الوسيط ٣ فقرة ٦٦٧ .

(٣) لوران ٣٢ فقرة ٢٠٥ — هيك ١٤ فقرة ٨٣٨ — ترولون ١ فقرة ٢٩ .

ولكن هذا الرأى لم يسد ، والرأى الصحيح هو أنه يتخلف عن الالتزام المدنى الذى سقط بالتقادم التزام طبيعى . وقد نص على هذا الحكم صراحة التقنين المدنى المصرى الجديد ، فى الفقرة الأولى من المادة ٣٨٦ مدنى ، فهى تقول :

« يترتب على التقادم انقضاء الالتزام ، ومع ذلك يتخلف فى ذمة المدين التزام طبيعى » .

والنص صريح فى أمرين : (أولا) فى أن التقادم يقضى الالتزام ذاته ، ولا يقتصر على أن يقضى الدعوى . (ثانياً) فى أن الالتزام الذى ينقضى بالتقادم ، يتخلف عنه فى ذمة المدين التزام طبيعى[1] .

المبحث الثانى

انقضاء الرهن بصفة أصلية

٣٦٧ — أسباب الانقضاء : المقصود هنا من أن الرهن ينقضى بصفة أصلية ، هو أنه ينقضى وحده استقلالا ، دون أن ينقضى بانقضاء الدين بصفة تبعية . فينقضى الرهن ، دون أن ينقضى الدين .
وهذا يحصل أحياناً .

وقد نص القانون على أسباب ثلاثة ينقضى بها الرهن دون أن ينقضى الدين ، وكان ينص على أربعة أسباب أخرى حذفت جميعاً . ومن هذه الأسباب الأربعة ، توجد أسباب ثلاثة تقضى بها القواعد العامة فحذفها لا يهم . أما السبب الرابع ، وهو انقضاء الرهن بصفة أصلية بالتقادم ، فقد كان من المفيد بقاؤه إذا أريد العمل به .

---

(١) الوسيط ٣ فقرة ٦٧٤ .

فهناك إذن أسباب سبعة نعرض لها هنا لبحثها ، وهى :

(١) تمام إجراءات التطهير (م ١٠٨٣ مدنى) .

(٢) بيع العقار المرهون بيعاً جبرياً بالمزاد العلنى (م ١٠٨٤ مدنى) .

(٣) عدم سماح مرتبة الدائن المرتهن باستيفاء حقه من العقار المرهون (م ١٠٨٤ مدنى فى آخرها) .

(٤) نزول الدائن المرتهن عن حق الرهن الرسمى .

(٥) اتحاد الذمة فى العقار المرهون .

(٦) هلاك العقار المرهون .

(٧) التقــادم .

١ § – تمام إجراءات التطهير

٣٦٨ — نص قانونى : نصت المادة ١٠٨٣ مدنى على ما يأتى :

« إذا تمت إجراءات التطهير انقضى حق الرهن الرسمى نهائياً ، ولو زالت لأى سبب من الأسباب ملكية الحائز الذى طهر العقار »[1] .

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ، فى خصوص هذا النص ، ما يأتى : « وينقضى حق الرهن بطريقة أصلية ، أى مستقلا عن الدين ، بأسباب مختلفة — فهو ينقضى بالتطهير ، حتى لو فسخت ملكية الحائز الذى أجرى التطهير ، كما إذا طهر المشترى وفاء العقار المرهون ثم استرده البائع ، فإنه يسترده مطهراً »[2] .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٥٠٥ من المشروع التمهيدى ، على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . وأقرته لجنة المراجعة ، تحت رقم ١١٨٥ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١٧١ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٨٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٤٤ — ص ١٤٥) .

التقنين المدنى السابق : لا مقابل .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٥٠ .

ويفهم من هذا النص أن حق الرهن الرسمى ينقضى بالتطهير ، سواء تم التطهير والعقار لا يزال فى ملكية الحائز ، أو تم بعد أن باع الدائنون العقار فى المزاد العلنى الجبرى ورسا المزاد على غير الحائز .

٣٦٩ — تمام التطهير ببيع العقار فى المزاد العلنى ورسو المزاد على غير الحائز : وإذا تم التطهير ببيع العقار فى المزاد العلنى ورسو المزاد على غير الحائز ، ودفع من رسا عليه المزاد الثمن للدائنين المرتهنين أو أودعه خزانة المحكمة ، فقد تطهر العقار وانتهت الرهون ، حتى لو بقيت رهون لم تدفع لعدم كفاية الثمن الذى رسا به المزاد .

هذه الرهون التى لم تدفع يصدق عليها أنها انقضت دون أن تنقضى الديون ، ولكن من جهة أخرى هـــذا السبب ينطبق عليه الوجه الثانى لانقضاء الرهن بصفة أصلية وهو بيع العقار المرهون بيعاً جبرياً بالمزاد العلنى ، وينطبق عليه أيضاً الوجه الثالث لانقضاء الرهن بصفة أصلية وهو عدم سماح مرتبة الدائن المرتهن باستيفاء حقه من العقار المرهون . فلا نطيل القول فيه . ونقتصر هنا على استعراض الصورة الأخرى من التطهير ، وفيها يبقى العقار فى ملكية الحائز ويتم التطهير فينقضى الرهن بصفة أصلية .

٣٧٠ — تمام التطهير مع بقاء العقار المرهون فى ملكية الحائز : فى هذه الصورة يتطهر العقار مع بقائه فى ملكية الحائز ، وينقضى الرهن بصفة أصلية إذا لم يستوف الدائن المرتهن حقه لعدم كفاية ما عرضه الحائز وتأخر مرتبة الدائن المرتهن ، إذ ينقضى الرهن دون أن ينقضى الدين .

وانقضاء الرهن دون أن ينقضى الدين يجعل الرهن ينقضى بصفة أصلية . إذ أنه قد انقضى لا تبعاً للدين بل مستقلا عنه .

وقد أتت المذكرة الإيضاحية بمثل على ذلك ، ففرضت أن المشترى

وفاء ، وهو مالك تحت شرط فاسخ ، قد طهر العقار وهو لا يزال فى ملكيته بأن قبل الدائنون المرتهنون عرض الحائز . ثم استرد العقار البائع وفاء فى الميعاد ، فإنه يسترده مطهراً ، ولا يفسخ التطهير بفسخ ملكية المشترى بل يبقى . وبذلك يتم تطهير العقار بالرغم من فسخ ملكية المطهر ، وهو المشترى وفاء ، ومن لم يستوف من الدائنين المقيدين حقه لتأخر مرتبته ينقضى رهنه دون أن ينقضى ماله من دين . ويبقى الدين ديناً شخصياً ، وبذلك ينقضى الرهن بصفة أصلية .

ولما كان البيع الوفائى قد ألغى فى التقنين المدنى الجديد ، فنأتى بمثل آخر .

نفرض أن الحائز ، بعد أن طهر العقار مع استبقاء ملكيته ، كشف أن عقده قابل للإبطال ، وأبطل من له الحق فى الإبطال عقد الحائز ، واسترد العقار بأثر رجعى . عند ذلك يسترده مطهراً كما كان فى يد الحائز ، ولا يبطل التطهير .

وهذا مثل فيه عاد العقار بأثر رجعى ، ونأتى بمثل آخر لا يكون فيه الأثر الرجعى .

بعد أن طهر الحائز العقار مع استبقاء ملكيته ، باعه لمشتر . فإنه يبيعه مطهراً كما كان فى يده ، ويأخذ المشترى العقار وهو خال من القيود . فهنا بقى العقار مطهراً مع زوال ملكية الحائز ، ولم يكن زوال الحائز بأثر رجعى .

وفى جميع هذه الأمثلة ، يجب حتى يتم التطهير وتنقضى الرهون ، أن يدفع الحائز ما قدره قيمة للعقار المرهون ، أو يودعه خزانة المحكمة :

§ ٢ — بيع العقار بيعا جبريا بالمزاد العلنى

٣٧١ — نص قانونى : تنص المادة ١٠٨٤ مدنى على ما يأتى :

« إذا بيع العقار المرهون بيعاً جبرياً بالمزاد العلنى ، سواء كان ذلك فى مواجهة مالك العقار أو الحائز أو الحارس الذى سلم إليه العقار عند التخلية ، فإن حقوق الرهن على هذا العقار تنقضى بإيداع الثمن الذى رسا به المزاد ، أو بدفعه إلى الدائنين المقيدين الذين تسمح مرتبتهم باستيفاء حقوقهم من هذا الثمن »(١) .

وجاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ، فى خصوص هذا النص ، ما يأتى : « وينقضى الرهن بطريقة أصلية ... كذلك بالبيع الجبرى ، ويتطهر العقار بإيداع الثمن خزينة المحكمة أو بدفعه للدائنين »(٢) .

٣٧٢ – البيع فى مواجهة مالك العقار : وهنا يفترض القانون عقاراً مرهوناً لم ينتقل إلى حائز ، وعمد الدائن المرتهن إلى التنفيذ عليه ببيعه بيعاً جبرياً فى المزاد العلنى . فإذا ما بيع ورسا مزاده على أحد ، فإن حقوق الرهن على هذا العقار تنقضى بإيداع الثمن الذى رسا به المزاد ، أو بدفعه إلى الدائنين المقيدين الذين تسمح مرتبتهم باستيفاء حقوقهم من هذا الثمن .

ومن رسا عليه المزاد يفضل طبعاً إيداع الثمن خزانة المحكمة ، بدلا من أن يقوم مقام القاضى ويوزع الثمن على من تسمح مرتبتهم بأخذ شىء منه من الدائنين المقيدين . فقد يخطئ فى التوزيع ، فيتحمل مغبة هذا الخطأ(٣)

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٥٠٦ من المشروع التمهيدى ، على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . وأقرته لجنة المراجعة ، تحت رقم ١١٨٦ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١٧٢ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٨٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٤٦ – ص ١٥١) .

التقنين المدنى الوطنى : لا مقابل . ويقابله المادة ٦٧٥ مرافعات مختلط .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٥٠ .

(٣) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن بعد انقضاء حق الرهن ببيع العقار المرهون جبرا . لا تجوز إعادة حق الرهن بموجب اتفاق عرفى خاص (استئناف مختلط ١٩ مارس سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٠٢) . وقضت أيضاً بأنه إذا بيع العقار المرهون جبرا ورسا مزاده على –

٤٧٣ — البيع فى مواجهة الحائز : ويكون البيع فى مواجهة الحائز ، إذا لم يختر هذا لا دفع الديون ولا تخلية العقار ولا تطهيره ، فعند ذلك لا مناص من بيع العقار فى مواجهة الحائز نفسه .

ويكون البيع فى مواجهة الحائز أيضاً ، إذا عمد الحائز إلى تطهير العقار ، وعرض على الدائنين المقيدين ما قدره قيمة له . فرفض الدائنون المقيدون ما عرضه الحائز ، وباعوا العقار جبراً فى المزاد العلنى . عند ذلك يبيعونه فى مواجهة الحائز لأنه هو المالك للعقار ، وذلك ما لم يختر الحائز تخلية العقار .

فإذا ما بيع العقار ورسا مزاده على أحد ، فإن حق الرهن على هذا العقار ينقضى بإيداع الثمن الذى رسا به المزاد ، أو بدفعه إلى الدائنين المقيدين الذين تسمح مرتبتهم باستيفاء حقوقهم من هذا الثمن ، ويفضل الراسى عليه المزاد الأمر الأول .

٤٧٤ — البيع فى مواجهة الحارس : هنا فرض القانون أن للعقار حائزاً ، وأن هذا الحائز لم يدفع الديون ولم يطهر العقار ولا يريد تحمل إجراءات بيع العقار ، فيعمد إلى تخلية العقار وتعيين حارس عليه يباع العقار فى مواجهته .

فإذا بيع العقار فى مواجهة الحارس ورسا مزاده على أحد ، فإن حق الرهن هنا أيضاً ينقضى بإيداع الثمن الذى رسا به المزاد خزانة المحكمة ، أو بدفعه إلى الدائنين المقيدين الذين تسمح مرتبتهم باستيفاء حقوقهم من هذا الثمن . ويفضل الراسى عليه المزاد الأمر الأول ، حتى لا يتحمل خطر التوزيع .

وفى هذه الحالة والحالتين اللتين سبقتاها ، قد لا يأخذ أحد الدائنين

= على الدائن المرتهن فانقضى الرهن ، ثم أبطلت إجراءات نزع الملكية وأعيدت بناء على طلب دائن آخر ، عاد رهن الدائن الأول إلى الظهور ووجب اعتباره عند إعادة التوزيع (استئناف مختلط ٣ ديسمبر سنة ١٩١٠ م ٢٣ ص ٦٩) .

المرتهنين المتأخرين أى شىء من حقه لتأخره فى المرتبة ، وينقضى رهنه مع ذلك ، ويبقى دينه دينا شخصياً دون رهن . وعلى ذلك ينقضى الرهن بصفة أصلية ، مع بقاء الدين الذى يبقى ديناً شخصياً .

§ ٣ ـ عدم سماح مرتبة الدائن المرتهن باستيفاء حقه من العقار المرهون

٣٧٥ — *كيف يحقق ذلك* : نفرض هنا أن عقاراً رهن لعدة دائنين مرتهنين متسلسلى المرتبة ، وأن العقار المرهون هبط ثمنه بعد رهنه فأصبح لا يكفى للوفاء بحقوق جميع الدائنين المرتهنين . ونفرض أن الدائن المرتهن الأخير مثلا لا ينال شيئاً من ثمن العقار ، فهنا ينقضى رهنه مستقلا عن الدين ، ويبقى الدين شخصياً . ويكون زوال الرهن بصفة أصلية ، لا بصفة تبعية تبعاً لانقضاء الدين .

٣٧٦ — *نص قانونى فى هذا المعنى* : والنصوص القانونية تؤكد أن الدائنين المرتهنين يتقاضون حقوقهم بحسب مراتبهم ، من ثمن العقار المرهون . فإذا لم يبق من ثمن العقار شىء لدائن مرتهن متأخر ، لم يأخذ الدائن المرتهن شيئاً من رهنه ، ومع ذلك يبقى دينه ديناً شخصياً ، ولا ينقضى كما انقضى الرهن .

ونأتى بنص قانونى درسناه أخيراً ، هو نص المادة ١٠٨٤ مدنى . وتقول هذه المادة ، كما رأينا[١] ، إنه « إذا بيع العقار المرهون بيعاً جبرياً ... فإن حقوق الرهن على هذا العقار تنقضى بإيداع الثمن الذى رسا به المزاد ، أو بدفعه إلى الدائنين المقيدين الذين تسمح مرتبتهم باستيفاء حقوقهم من هذا الثمن » . فالنص يفرض أن هناك دائنين مرتهنين لا تسمح مرتبتهم باستيفاء حقوقهم من هذا الثمن ، فالدائن المرتهن الذى لا تسمح مرتبته

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٣٧١ .

بأخذ شيء من ثمن العقار يكون قد انقضى رهنه بصفة أصلية ، ولا ينقضي الدين بل يبقى ديناً شخصياً ، ومن ثم يكون هذا سبباً في انقضاء الرهن بصفة أصلية دون الدين .

٣٧٧ – النصوص التي حذفت من المشروع : ويأتي بعد ذلك أربعة نصوص حذفت كلها من المشروع ، ثلاثة منها لوضوحها ، والأخير لاختلاف الرأي فيه .

أما النصوص التي حذفت لوضوحها فهي تلك المتعلقة بنزول الدائن المرتهن عن حق الرهن الرسمي ، وباتحاد الذمة في العقار المرهون ، وبهلاك العقار المرهون .

وأما النص الذي اختلف الرأي فيه ، فهو المتعلق بتقادم الرهن .

ونتناول هذه النصوص الأربعة ، مبتدئين بالنصوص الثلاثة الواضحة .

وننتهي بالنص الرابع المختلف فيه ، وهو النص المتعلق بتقادم الرهن ، فنبحث في إيجاز سبب الخلاف في هذا النص .

§ ٤ – نزول الدائن المرتهن عن حق الرهن الرسمي

٣٧٨ – النص المحذوف : كان المشروع التمهيدي للتقنين المدني ينص في المادة ١٥٠٧ منه على ما يأتي :

« يصح تنازل الدائن المرتهن عن حق الرهن الرسمي صراحة أو ضمناً ، وفي كل حال لا يجوز للدائن أن يتنازل عن الرهن إذا لم تتوافر فيه الأهلية في إبراء ذمة المدين من الدين »[١] .

ولما عرض النص على لجنة المراجعة ، رأت اللجنة حذفه دون أن تبين سبباً لهذا الحذف ، والظاهر أن الحذف كان لأن حكم النص واضح

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٤٦ في الهامش .

ويمكن تطبيقه دون نص ، لأن حق الرهن الرسمي هو حق الدائن المرتهن وليس من النظام العام ، فمن الجائز أن ينزل عنه الدائن المرتهن ، وأهليته للنزول عن هذا الحق الذى يعرض الدين للخطر هى الأهلية فى إبراء ذمة المدين من الدين .

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ، فى خصوص هذا النص ، ما يأتى : « ينقضى حق الرهن ، بطريقة أصلية أيضاً ، بالتنازل عنه ممن تكون له أهلية التنازل عن الدين نفسه »[1].

٣٧٩ — النزول الصريح أو الضمنى : ينقضى الرهن بصفة أصلية بنزول الدائن المرتهن عنه صراحة أو ضمناً ، دون مساس بالدين . فالدين يبقى ، لأنه لو انقضى لا نقضى الرهن معه بصفة تبعية لا بصفة أصلية . فيقصد بالنزول عن الرهن النزول عن الرهن وحده لا الدين ، فيبقى الدين ديناً شخصياً بعد أن انقضى الرهن ، ولذلك يكون انقضاء الرهن انقضاء بصفة أصلية لا بصفة تبعية .

والنزول الصريح لا يشترط فيه شكل خاص ، وإن كان عملا من أعمال التبرع . ويصح أن يكون بكتابة عرفية ، كما يصح أن يكون من غير كتابة . فإن حصل من غير كتابة ، فلا يمكن إثباته بالبينة والقرائن إلا فى الأحوال التى تقبل فيها الشهادة[2] .

والنزول الضمنى يستنتج من الأعمال التى تدل عليه ، كاشتراك الدائن المرتهن فى الصلح بين المفلس والدائن . وقد نصت المادة ٣١٨ تجارى على أنه « لا يكون لأرباب الديون الحائزين لرهن عقار . . . رأى فى الأعمال المتعلقة بالصلح بسبب ما لهم من الديون المذكورة ، ولا تحسب ديونهم فى مجموع الديون التى تعتبر فى صحة الصلح ، إلا إذا تنازلوا عن رهونهم . . .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٤٨ فى الهامش .

(٢) بودرى ودى لوان فقرة ٢٢٦١ .

وإذا شاركوا المداينين الآخرين فى الرأى فى الصلح ، فمجرد إعطائهم الرأى يعد تنازلا عن ذلك ، ولو لم يتم الصلح » . واشتراك الدائن المرتهن فى بيع العقار المرهون أو هبته بمعرفة المدين يمكن اعتباره نزولا ضمنياً عن الرهن ، إذا لم يمكن تفسير الاشتراك بغير ذلك كما إذا حضر الدائن بصفته شاهداً[1].

وقد يفسر الاشتراك بأنه نزول عن حق التتبع ، لا عن حق التقدم[2]. والمحكمة تقدر ذلك بحسب ظروف كل دعوى ، ولا يؤخذ النزول ضمناً بطريق الظن[3] . والنزول إما أن يكون مطلقاً بالنسبة إلى الجميع ، أو نسبياً بترك الرهن لمصلحة شخص معين[4] .

٣٨٠ — النزول عن الرهن ومحو القيد : ويجب التمييز بين النزول عن الرهن ومحو القيد ، وإن كان النزول عن الرهن يستوجب محو القيد . فالنزول عن الرهن لا يستوجب شكلا خاصاً كما قدمنا ، أما محو القيد فقد جاء فى المادة ٤٥ من قانون تنظيم الشهر العقارى ما يأتى : « لا يجوز محو القيد إلا بمقتضى حكم نهائى ، أو برضاء الدائن بتقرير رسمى منه ، ومع ذلك يكتفى فى إجراء المحو فى حالة رهن الحيازة العقارى وحقوق الامتياز العقارية بإقرار عرفى مصدق على التوقيع فيه » .

فيكون المحو الاختيارى لقيد الرهن الرسمى برضاء الدائن المرتهن بتقرير رسمى منه ، ولا يكون بعقد عرفى ولو كان مصدقاً على التوقيع فيه .

٣٨١ — النزول عن قيد الرهن فقط : وقد يكون النزول ، لا عن الدين ، ولا عن الرهن ، ولكن عن قيد الرهن فقط . وعند ذلك يبقى

---

(١) ترولون ٤ فقرة ٨٦٩ — بودرى ودى لوان فقرة ٢٢٦٢ .

(٢) جيوار فقرة ١٩٠٨ — بودرى ودى لوان فقرة ٢٢٢٧ وفقرة ٢٢٦٢ — أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٩٢ وهامش ٢٠ وهامش ٣٢ .

(٣) استئناف مختلط ٩ فبراير سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ١٣٤ .

(٤) استئناف مختلط ١٠ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٠٨ .

الدين ، ويبقى الرهن . ويجوز عمل قيد جديد ، ولكن هذا القيد الجديد لا يأخذ مرتبته إلا من وقت عمله .

٣٨٢ – النزول عن مرتبة الرهن : وقد ينزل الدائن ، لا عن الدين ولا عن الرهن ، ولكن عن مرتبة الرهن وحدها .

وقد رأينا كيف أن الدائن المرتهن ينزل عن مرتبة رهنه إلى دائن مرتهن آخر على نفس العقار يكون متأخراً عنه ، فيأخذ كل منهما مرتبة الآخر .

٣٨٣ – النزول عن الرهن إرادة منفردة : ونزول الدائن المرتهن عن الرهن إرادة منفردة من جانبه ، فلا يشترط فيه قبول الراهن[1].

والدائن المرتهن الذى أبدى هذه الإرادة يزول رهنه وقت النزول عنه ، ولا يجوز له أن يسحب نزوله ، بل يلزم به بمجرد حصوله . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا باع الراهن العقار المرهون بعقد لم يسجل ، واتفق المشترى مع الدائن المرتهن على أن ينزل عن رهنه على العقار المبيع وعن السير فى إجراءات نزع الملكية التى كانت قد اتخذت عليه ، وقرر المرتهن أنه حرر هذا العقار من الرهن وتعهد بشطبه ، فإن هذا الاتفاق ، وإن لم يسجل هو الآخر ، ملزم للمرتهن ، فلا يجوز له أن ينقضه . فإذا هو سار فى إجراءات نزع ملكية العقار حتى رسا مزاده عليه ، فلا يصح له أن يتمسك بملكيته إياه فى مواجهة ذلك المشترى ، وإذا هو رفع عليه دعوى الملكية وقضى برفضها ، فهذا الحكم لا مخالفة فيه للقانون ، إذ المرتهن شأنه شأن البائع سواء بسواء . فكما أن البائع الذى يتعهد بنقل الملكية لغيره لا يصح أن يطلبها لنفسه اعتماداً على عدم تسجيل عقد البيع ، كذلك المرتهن الذى يتعهد بالتنازل عن رهنه وشطبه والتنازل نهائياً عن السير فى إجراءات نزع الملكية لا يصح له أن يتمسك برهنه ولا أن يسير فى تلك الإجراءات[2].

---

(١) ترولون ٤ فقرة ٨٦٨ – بودرى ودى لوان فقرة ٢٢٥٩ .

(٢) نقض ١١ أبريل سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر رقم ٦١ ص ١٤٩ .

أما النزول عن المرتبة أو حلول آخر محل الدائن ، فإنه يلزم لتمامه توافق إرادتى المرتهن ومن حصل النزول له ، ويجوز للدائن المرتهن أن يسحب نزوله حتى يتم قبوله[1] ، لأن النزول فى هذه الحالة يكون اتفاقاً[2].

٣٨٤ — الأهلية اللازمة للنزول عن الرهن : وتقول المادة ١٥٠٧ المحذوفة كما رأينا إن الأهلية اللازمة للنزول عن الرهن هى الأهلية اللازمة لإبراء ذمة المدين من الدين .

والنزول عن الدين ، والنزول عن الرهن ، كلاهما عمل من أعمال التبرع ، لأنه يتم تبرعاً دون مقابل .

فيجب ، حتى يكون الدائن المرتهن أهلا للنزول عن الرهن ، أن تتوافر فيه أهلية التبرع ، أى أن يكون بالغاً سن الرشد غير محجور عليه .

فلا يصح للوصى أو القيم أن ينزل عن الرهن ، ولو بإذن القاضى . ولا يملك النزول عن الرهن إلا الدائن المرتهن نفسه ، بشرط أن يكون بالغاً سن الرشد غير محجور عليه .

وقد نصت المادة ١١١٣ مدنى ، بالنسبة إلى الرهن الحيازى ، على أن الدائن المرتهن يصح أن ينزل عن حقه فى الرهن « إذا كان ذا أهلية فى إبراء ذمة المدين من الدين »

§ ٥ — اتحاد الذمة فى العقار المرهون

٣٨٥ — النص المحذوف : كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى ينص فى المادة ١٥٠٨ منه على ما يأتى :

« ١ — ينقضى الرهن إذا انتقلت إلى الدائن المرتهن ملكية العقار المرهون ، أو انتقل إلى مالك العقار المرهون حق الرهن الرسمى » .

---

(١) بودرى ودى لوان فقرة ٢٢٥٩ .

(٢) محمد كامل مرسى فقرة ٢١٦ ص ٢٨٦ .

« ١ – ويعود الرهن الرسمى إذا زال سبب انتقال الحق ، وكان لزواله أثر رجعى »[1] .

ولما عرض النص على لجنة المراجعة ، حذفته اللجنة ولم تذكر سبب الحذف . والظاهر أن سبب الحذف كان لوضوح الحكم ، فإن اتحاد الذمة مانع طبيعى لبقاء الرهن .

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ، فى خصوص هذا النص ، ما يأتى : « وينقضى (حق الرهن) باتحاد الذمة ، إذا انتقلت ملكية العقار المرهون إلى الدائن المرتهن ، أو انتقل حق الرهن إلى مالك العقار المرهون . فإن زال السبب فى اتحاد الذمة بأثر رجعى ، كفسخ البيع الذى ملك به الدائن المرتهن العقار المرهون ، عاد الرهن »[2] .

٣٨٦ – انتقال ملكية العقار المرهون إلى الدائن المرتهن : وهذا يقع كثيراً ، فقد يرسو المزاد ، فى حالة بيع العقار المرهون بيعاً جبرياً ، على دائن مرتهن . فيملك الدائن المرتهن العقار المرهون ، ويصبح الرهن واقعاً على ملكه . وعند ذلك يزول الرهن باتحاد الذمة ، إذ أن الدائن المرتهن أصبح مالكاً للعقار المرهون ، فصار صاحب حق الرهن وفى الوقت ذاته صار صاحب العقار المرهون .

وقد يتم ذلك أيضاً بأن يشترى الدائن المرتهن العقار المرهون شراء اختيارياً ، لا فى المزاد الجبرى .

وقد يتم ذلك أيضاً بأن يرث الدائن المرتهن العقار ، أو بأن يوصى له به ، فيصبح الدائن المرتهن مالكاً للعقار المرهون ، فتتحد الذمة ، وينقضى الرهن بطريق أصلى دون أن ينقضى الدين .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٤٧ فى الهامش .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٤٨ فى الهامش .

٣٨٧ — انتقال حق الرهن الرسمي إلى العقار المرهون : وقد ينعكس الوضع ، فيملك مالك العقار المرهون حق الرهن الرسمي .

مثل ذلك أن يرث مالك العقار المرهون الدائن المرتهن رهناً رسمياً ، فيصبح مالكاً للرهن الرسمي بطريق الميراث ، وهو في الوقت ذاته مالك للعقار المرهون . فينقضي الرهن الرسمي بطريق أصلي ، دون أن ينقضي الدين .

ومثل ذلك أيضاً أن يوصي الدائن برهنه لمالك العقار المرهون ، فيصبح هذا المالك مالكاً للرهن كذلك . فينقضي الرهن باتحاد الذمة ، ويزول بطريق أصلي .

ومثل ذلك أيضاً أن يحيل الدائن المرتهن مالك العقار المرهون بالدين والرهن ، فيصبح مالك العقار المرهون صاحب الرهن ، وينقضي الرهن بطريق أصلي باتحاد الذمة .

٣٨٨ — زوال السبب في اتحاد الذمة : وقد يزول السبب في اتحاد الذمة بأثر رجعي ، ونتعقب ذلك في الفروض التي بسطناها .

ملكية الدائن المرتهن للعقار المرهون ، عن طريق الرسو في المزاد ، قد يبطل . فإذا كان الرسو في المزاد باطلا ، وتقرر بطلانه ، خرج العقار المرهون من ملكية الدائن المرتهن ، فيعود الرهن بأثر رجعي كما كان ، ويعتبر انتقال ملكية العقار المرهون للدائن كأن لم يكن ، وتزول الآثار التي ترتبت على ذلك . فلا ينقضي الرهن بطريق أصلي ، لأنه عاد إلى الدائن المرتهن ، ولم يصبح هذا مالكاً للعقار المرهون . أما إذا كانت ملكية العقار المرهون تزول عن الدائن المرتهن لا بأثر رجعي ، فإن ما تم من انقضاء الرهن بطريق أصلي يبقى . مثل ذلك بعد أن يصبح الدائن المرتهن مالكاً للعقار المرهون فينقضي الرهن ، يعمد الدائن المرتهن إلى بيع العقار المرهون . فينتقل العقار مطهراً من الرهن كما كان إلى المشتري ، وتبقى الآثار التي

ترتبت على ملكية الدائن المرتهن للعقار المرهون ، ومن أهمها زوال الرهن بطريق أصلي .

وملكية الدائن المرتهن للعقار المرهون بطريق الشراء الاختيارى ، وانقضاء الرهن تبعاً لذلك بطريق أصلي ، قد تزول . ويتم ذلك مثلا بأن يفسخ شراء الدائن المرتهن للعقار المرهون أو يبطل ، فيزول الشراء ، ويعود الرهن الرسمى للدائن المرتهن . أما إذا كان شراء العقار المرهون لم يفسخ ولم يبطل ، بل عمد الدائن المرتهن بعد أن أصبح مالكاً للعقار المرهون إلى هبة العقار فلا يوجد أثر رجعى ، فإن ما تم من انقضاء الرهن بطريق أصلى يبقى .

ووراثة الدائن المرتهن للعقار المرهون أو الوصية له بهـذا العقار قد يزول بأثر رجعى ، فيتبين مثلا أن الدائن المرتهن ليس بوارث ، أو أن الوصية باطلة . فيتجرد الدائن المرتهن عن ملكية العقار المرهون ، ويعود الرهن كما كان ، وتزول الآثار التى ترتبت على انتقال ملكية العقار المرهون إلى الدائن المرتهن ، ويعتبر انتقال ملكية العقار المرهون كأن لم يكن . أما إذا بقى انتقال ملكية العقار المرهون إلى الدائن المرتهن ، بأن كان هذا وارثاً حقاً ، أو كانت الوصية صحيحة ، ولكن الدائن المرتهن بعد أن أصبح مالكاً للعقار المرهون ، وبعد أن انقضى الرهن بطريق أصلى ، عمد إلى العقار فباعه أو وهبه ، فإن العقار ينتقل إلى المشترى أو الموهوب له خالياً من الرهن ، لأنه لا يوجد أثر رجعى ، وما تم من انقضاء الرهن بطريق أصلى يبقى .

وأما أن يرث مالك العقار المرهون الدائن المرتهن رهناً رسمياً ، فقد يزول ذلك بأثر رجعى ، بأن يتبين مثلا أن مالك العقار المرهون غير وارث . عند ذلك يتجرد مالك العقار المرهون من الرهن الرسمى ، فيعود هذا الرهن للوارث الحقيقى . وإذا بقى الرهن الرسمى لمالك العقار المرهون لأنه هو الوارث ، فقد يبيع العقار بعد أن زال عنه الرهن ، فيملكه المشترى خالياً من الرهن .

وإذا أوصى الدائن المرتهن برهنه لمالك العقار المرهون ، فقد يزول ذلك بأثر رجعى ، بأن تكون الوصية باطلة أو قابلة للإبطال فتبطل . عند ذلك يتجرد مالك العقار المرهون من حق الرهن الرسمى ، ولا ينقضى الرهن بطريق أصلى بل يبقى . أما إذا كانت الوصية صحيحة ، وتجرد المالك للعقار لآخر من ملكية العقار الذى زال عنه حق الرهن ، فإن العقار تنتقل ملكيته إلى هذا الآخر وقد زال عن العقار حق الرهن نهائياً .

وإذا ملك مالك العقار المرهون الرهن عن طريق الحوالة ، فقد تكون هذه الحوالة باطلة أو قابلة للإبطال فتبطل . عند ذلك يتجرد مالك العقار المرهون من الرهن بأثر رجعى ، فلا ينقضى الرهن بطريق أصلى ، بل يبقى . أما إذا كانت الحوالة صحيحة ، وانقضى الرهن بطريق أصلى ، ثم عمد مالك العقار إلى بيعه ، فإن العقار ينتقل إلى المشترى دون أثر رجعى ، خالياً من الرهن .

§ ٦ – هلاك العقار المرهون

٣٨٩ – النص المحذوف : كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى ينص فى المادة ١٥٠٩ منه على ما يأتى :

« ١ – إذا هلك العقار أو انقضى الحق المرهون ، فان الرهن الرسمى ينقضى ، وتراعى أحكام المادتين ١٤٥٧ و ١٤٥٨ » .

« ٢ – ومع ذلك ، لا يجوز لصاحب حق الانتفاع أن يتنازل عن حقه إذا كان مثقلا برهن ، إضراراً بالدائن المرتهن »[1] .

ولما عرض هذا النص على لجنة المراجعة ، حذفته اللجنة دون أن تبين السبب ، ولعل ذلك لوضوح الحكم .

وجاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ، فى خصوص هذا النص ، ما يأتى :

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٤٧ فى الهامش .

« وينقضى (حق الرهن) بهلاك العقار ، أو انقضاء الحق المرهون . على أنه إذا كان الحق المرهون حق انتفاع ، وانقضى بتنازل صاحبه ، فإنه يعود إلى صاحب الرقبة مثقلا بحق الرهن ، حتى لا يضر الراهن بحق المرتهن . وإذا هلك العقار المرهون ، انتقل الرهن إلى ما يحل محله من تأمين أو تعويض أو غير ذلك . وخير الراهن أو المرتهن بين الوفاء أو استكمال التأمين ، وفقاً للقواعد التى سبق تقريرها »[1].

٣٩٠ — هلاك العقار أو انقضاء الحق المرهون : قد يهلك العقار المرهون ، بأن يحترق مثلا أو تنزع ملكيته للمنفعة العامة . عند ذلك ينقضى حق الرهن الرسمى لزوال محله ، ويكون زواله بأثر غير رجعى . وينقضى الرهن هنا بصفة أصلية ، لا بصفة تبعية تبعاً لانقضاء الدين المضمون ، لأن هذا الدين يبقى ديناً شخصياً بالرغم من زوال الرهن .

ومثل هلاك العقار انقضاء الحق المرهون . فقد يرهن حق رهناً رسمياً ، ثم ينقضى هذا الحق . مثل ذلك حق الانتفاع أو حق الحكر ، الأول منهما ينقضى حتما بموت المنتفع ، والآخر لا يجوز أن تزيد مدته على ستين سنة (م ٩٩٩ مدنى) . فإذا انقضى حق مقرر عليه رهن رسمى ، انقضى الرهن الرسمى بانقضاء محله وهو الحق . ويكون انقضاء الرهن الرسمى بطريقة أصلية إذ أن الدين لا ينقضى ، بل يتحول إلى دين شخصى إذ أن الرهن الرسمى قد زال وبقى الدين .

٣٩١ — وجوب مراعاة أحكام المادتين ١٤٥٧ و ١٤٥٨ أى أحكام هلاك العقار المرهون : وقد نصت المادة ١٠٤٨ مدنى ، كما رأينا ، على ما يأتى :

« ١ — إذا تسبب الراهن بخطأه فى هلاك العقار المرهون أو تلفه ،

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٤٨ فى الهامش .

كان الدائن المرتهن مخيراً بين أن يقتضى تأميناً كافياً أو يستوفى حقه فوراً » .

« ٢ – فإذا كان الهلاك أو التلف قد نشأ عن سبب أجنبي ، ولم يقبل الدائن بقاء الدين بلا تأمين ، كان المدين مخيراً بين أن يقدم تأميناً كافياً أو أن يوفى الدين فوراً قبل حلول الأجل . وفى الحالة الأخيرة إذا لم يكن للدين فوائد ، فلا يكون للدائن حق إلا فى استيفاء مبلغ يعادل قيمة الدين منقوصاً منها الفوائد بالسعر القانونى عن المدة ما بين تاريخ الوفاء وتاريخ حلول الدين » .

« ٣ – وفى جميع الأحوال إذا وقعت أعمال من شأنها أن تعرض العقار المرهون للهلاك أو التلف أو تجعله غير كاف للضمان ، كان للدائن أن يطلب إلى القاضى وقف هذه الأعمال واتخاذ الوسائل التى تمنع وقوع الضرر » .

وهذا النص ينطبق فى حالة هلاك العقار أو تلفه . فإذا كان الراهن هو الذى تسبب بخطأه فى الهلاك أو التلف ، كان هو المخطئ ، وخير الدائن المرتهن بين أن يستوفى حقه فوراً وبين أن يقضى تأميناً كافياً يحل محل العقار المرهون .

أما إذا كان الهلاك أو التلف قد نشأ عن سبب أجنبى لا يد للراهن فيه ، كان المدين لا الدائن هو المخير بين تقديم تأمين كاف ووفاء الدين فوراً مع انتقاص الفوائد بالسعر القانونى فى المدة ما بين وفاء الدين وحلول الأجل إذا كان الدين فى الأصل لا ينتج فوائد .

٣٩٢ – انتقال الرهن إلى ما يحل محل الشىء المرهون : وقد نصت المادة ١٠٤٩ مدنى ، كما رأينا ، على أنه « إذا هلك العقار المرهون أو تلف لأى سبب كان ، انتقل الرهن بمرتبته إلى الحق الذى يترتب على ذلك ، كالتعويض أو مبلغ التأمين أو الثمن الذى يقرر مقابل نزع ملكيته للمنفعة العامة » .

وهذا هو الحلول العينى . فقد يحل محل الشيء الهالك أو التالف بديل عنه ، كالتعويض إذا كان هناك مسئول عن التعويض ، أو مبلغ التأمين إذا كان الشيء مؤمناً عليه ، أو مقابل نزع الملكية إذا نزعت ملكية الشيء للمنفعة العامة . فينتقل الرهن بمرتبته إلى ما حل محل العقار المرهون حلولا عينياً .

وإذا هلك بعض العقار المرهون ، ظل الرهن على ما يبقى من العقار من أجل كل الدين . فإذا احترق البناء بقى الرهن على الأرض التى كانت تحمل البناء[1] ، ولكنه لا يرد على البناء الجديد الذى ينشأ محل البناء المحترق ، لأن البناء الجديد لم يكن محملا بالرهن .

٣٩٣ – حق الانتفاع هو المثقل بالرهن : وتقول الفقرة الثانية من المادة ١٥٠٩ المحذوفة ، كما رأينا ما يأتى :

« ومع ذلك لا يجوز لصاحب حق الانتفاع أن يتنازل عن حقه إذا كان مثقلا برهن ، إضراراً بالدائن المرتهن » .

وهذا بديهى ، فإن حق الانتفاع إذا رهنه صاحبه ، يبقى قائماً على حق الانتفاع . ولا يجوز للمنتفع أن يتعجل ، ويتنازل عن حق الانتفاع فيقضيه ويقضى الرهن معه ، إضراراً بالدائن المرتهن . وإذا هو فعل ، فإن حق الانتفاع يعود إلى مالك الرقبه ، مثقلا بالرهن ، إلى أن ينتهى الرهن بوجه من أوجه انقضائه »[2] .

وحق الانتفاع ينتهى حتماً بموت المنتفع . فإذا مات المنتفع ، وانتهى حق الانتفاع المرهون ، فإن الرهن يزول بزوال محله . ويزول بصفة أصلية

---

(١) بيدان وفواران فقرة ١٢٢٨ – سليمان مرقس فقرة ١٩٢ ص ٢٩١ .

(٢) بيدان وفواران فقرة ١٢٢٩ – بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٦٠٣٣ – محمد كامل مرسى فقرة ١٩٢ ص ٢٩٢ .

مع بقاء الدين المضمون بالرهن ، وينقلب الدين إلى دين شخصي . ولايزول الرهن بصفة تبعية ، لأن الدين باق لا يزول .

§ ٧ – التقادم

٣٩٤ — النص المحذوف : كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى ينص ، فى المادة ١٥١٠ منه ، على ما يأتى :

« ١ – لا ينقضى الرهن الرسمى بالتقادم ، مستقلا عن الدين المضمون » .

« ٢ – ومع ذلك ، إذا انتقل العقار المرهون إلى حائز ، فإن حق الرهن بالنسبه له يسقط بالتقادم ، إذا لم يرفع الدائن المرتهن دعوى الرهن عليه فى خمس عشرة سنة ، تبدأ من وقت تمكن الدائن من رفع هذه الدعوى . وينقطع التقادم بإنذار الحائز بالدفع أو بالتخلية »[١] .

ولما عرض النص على لجنة المراجعة ، أقرته تحت رقم ١١٨٧ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١٧٣ ، ووافقت عليه لجنة مجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٨٧ . ثم أقترح بعض مستشارى محكمة النقض حذف الفقرة الثانية من المادة ، لما وجه من نقد إلى نظيرها فى القانون الفرنسى (م ٢١٨٠ من القانون المدنى الفرنسى) . ورأت لجنة مجلس الشيوخ أن الأخذ بهذا الاقتراح يستتبع حذف الفقرة الأولى أيضاً ، ومن ثم حذفت لجنة مجلس الشيوخ المادة بفقرتيها اكتفاء بالقواعد العامة »[٢] .

وجاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ، فى خصوص هذه المادة ، ما يأتى :

« لا ينقضى حق الرهن بالتقادم مستقلا عن الدين المضمون ، ما دام

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٤٨ فى الهامش .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٤٨ – ص ١٥٠ فى الهامش .

العقار المرهون فى ملكية الراهن ، إذ الراهن لا يستطيع أن يتمسك بالتقادم المسقط للرهن إلا تبعاً للتقادم المسقط للدين . ولكن إذا انتقل العقار المرهون إلى حائز فإنه يمكن تصور انفصال الرهن عن الدين من حيث التقادم ، لأن الحائز لم يكفل الدين . وتسقط دعوى الرهن بالتقادم مستقلة عن دعوى الدين ، إذا لم يرفع الدائن المرتهن دعوى الرهن فى مدة خمس عشرة سنة من وقت حلول الدين أو من وقت تمكنه من رفع الدعوى إذا كان هناك سبب يقف سريان المدة . ويتقطع التقادم بإنذار الحائز بالدفع أو التخلية ، لأن هذا الإنذار بالنسبة للحائز له قوة التنبيه بالنسبة للمدين ، وكلاهما يقطع المدة . لذلك يمكن سقوط الرهن بالتقادم دون سقوط الدين ، ويكفى فى ذلك أن ينبه الدائن على المدين فيقطع التقادم بالنسبة للمدين ، ولا ينذر الحائز فيسرى التقادم (قارن محكمة الاستئناف المختلطة فى دوائرها المجتمعة ١٧ مايو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٥٧٧) . ولا يعترض على هذا الحكم بأن الدائن المرتهن ، إذا رأى الرهن مهدداً بالضياع بعد أن انتقل العقار إلى الحائز ، يكون شديد الوطأة على المدين فلا يقبل أن يتفق معه على تسوية تستغرق مدة طويلة خوفاً من ضياع الرهن بالتقادم فى يد الحائز ، فإن أمام الدائن المرتهن خمس عشرة سنة قبل أن يسقط الرهن ، وهى مدة طويلة يستطيع أيضاً أن يجددها إذا قطع التقادم بإنذار الحائز . هذا إلى أن للحائز حقاً فى أن يسقط الرهن بالتقادم كما يسقط أى حق آخر ، فإذا كفل الحكم له ذلك دون أن يخل بمصلحة الدائن ، فإن هذا الحكم لا شك عادل»[1] .

٣٩٥ — أصل المسألة : وأصل المسألة أن حكم زوال الرهن الرسمى فى يد الحائز ورد فى المادة ٢١٨٠ (٤) والفقرة الثانية من القانون المدنى الفرنسى ، وطبقتها المحاكم الفرنسية كما تطبق أى نص آخر .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٤٧ – ص ١٤٨ فى الهامش .

وشرح الفقهاء الفرنسيون النص ، دون أن يبدوا اعتراضاً عليه[١].

٣٩٦ — الحالة فى القانون المصرى : ولم ينقل التقنين المدنى المصرى القديم المادة ٢١٨٠ من التقنين المدنى الفرنسى .

فاختلف القضاء فى مصر .

فقررت محكمة الاستئناف المختلطة[٢] أن حق الرهن الرسمى ، ككل حق آخر ، ينقضى بالتقادم ، وأخذت المحكمة بكل أحكام المادة ٢١٨٠ مدنى فرنسى .

وطرح الموضوع على دوائر محكمة الاستئناف المختلطة مجتمعة ، فقضت[٣] بأن الرهن الرسمى المقرر على عقار تحت يد الحائز لا ينقضى بالتقادم مستقلا عن الدين الذى يضمنه ، أى أنها أخذت بعكس المبدأ الذى قررته المادة ٢١٨٠ مدنى فرنسى .

٣٩٧ — رأى أكثر الفقهاء فى مصر عدم انقضاء الرهن الرسمى بالتقادم مستقلا عن الدين : وأكثر فقهاء مصر يذهبون إلى أنه لا يجوز انقضاء الرهن الرسمى بالتقادم مستقلا عن الدين ، وإلى أن المادة ٢١٨٠ من التقنين المدنى الفرنسى لم تنقل إلى التقنين المدنى المصرى القديم . أما فى التقنين المدنى المصرى الجديد ، فبعد أن حذف النص الذى كان يقضى بانقضاء الرهن

---

(١) پلانيول وريپير وبولانجيه ٢ فقرة ٤٠٢٨ — فقرة ٤٠٣١ — كولان وكاپيتان ٢ فقرة ١٩٢٦ — فقرة ١٩٣٣ (ويعترض فى الفقرة الأخيرة ١٩٣٣) — جوسران ٢ فقرة ١٩٥٧ — فقرة ١٩٦١ — پلانيول وريپير وبيكيه ١٣ فقرة ١٣٢٦ — فقرة ١٣٤٠ (ويعترض اعتراضا خفيفا فى الفقرة الأخيرة ١٣٤٠) .

(٢) استئناف مختلط ١٤ نوفبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٥ — ٥ فبراير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢١٣ — ٢٥ أبريل سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٣٨٧ — ٢٠ يونيه سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٣٦٥ .

(٣) استئناف مختلط (دوائر مجتمعة) ١٧ مايو سنة ١٩٤٧ م ٣٩ ص ٥٧٧ .

لرسمي بصفة أصلية مستقلا عن الدين ، فانه لا محل للعمل به بعد حذفه[١].

وقد جاء في حكم محكمة الاستئناف المختلطة (دوائر مجتمعة) ما يأتي :

« وبما أنه يؤخذ من الاعتبارات المتقدمة أن الشارع المختلط لم ينقل نص المادة ٢١٨٠ من القانون المدني الفرنسي ، لأنه من جهة رأى عدم فائدة ذكر أسباب أخرى لانقضاء حقوق الامتياز والرهون الرسمية غير التقادم إذ أن هذه الأسباب ما هي إلا تطبيق للمبادئ القانونية العامة ، ورأى من الجهة الأخرى ألا يدخل في تشريعه التقادم المنصوص عليه في تلك المادة لسببين : أولهما ضرورة تأمين الثقة المالية العقارية في البلد تأميناً تاماً ، والثاني ما عليه مدد التقادم في القانون المختلط من القصر المتناهي . . . . . »[٢].

ويقول أحد الفقهاء المصريين[٣] : « تقدم أن الأمر عرض على القضاء ، بسبب اختلاف نص المادة ٧٦ أهلي عن نص المادة ١٠٢ مختلط التي كانت تقابلها ، فقررت محكمة النقض أن الرهن الرسمي ، كما أنه لا يمكن أن ينقضي بعدم الاستعمال أي من طريق التقادم المسقط ، لا يمكن كذلك أن ينتقل من المرتهن إلى غيره من طريق التقادم المكسب ، لأنه باعتباره حقاً تبعياً لا يتصور له وجود إلا ضماناً لدين ، ولأن الديون لا تكسب بوضع اليد . وأكدت (محكمة النقض) أن الرهن المحفوظ وفقاً للقانون لا يمكن أن يسقط بمضي المدة استقلالا عن الدين المضمون[٤] . وقد أخذت بهذا الرأي محكمة النقض في حكم حديث لها بتاريخ ٨ مارس سنة ١٩٥٦ ، في قضية كان يسري عليها التقنين القديم »[٥].

---

(١) انظر محمد كامل مرسي فقرة ٢٢٧ .

(٢) انظر محمد كامل مرسي فقرة ٢٢٧ في آخرها .

(٣) سليمان مرقس فقرة ١٩٣ .

(٤) نقض مدني ٢٥ مايو سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٤٠ ص ٣٨٦ .

(٥) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا وضع شخص يده على عقار مرهون المدة الطويلة

أما سائر الفقهاء فى مصر ، فنراهم من رأى واحد ، ويذهبون إلى القول بأن الرهن لا يتقادم ، وهو فى يد الحائز وحده ، دون الدين المضمون به .

وبحسبنا هنا أن نشير ، فى الحاشية ، إلى طائفة من هؤلاء الفقهاء ، وذلك غير الفقيهين اللذين سبق لنا أن أوردنا أقوالهما ، وغير ما أوردناه من قضاء محكمة الاستئناف المختلطة فى دوائرها المجتمعة وقضاء محكمة النقض »[1] .

٣٩٨ — لا يزال الباب مفتوحا : وبالرغم من أن المادة ١٥١٠ من المشروع التمهيدى قد أضعف حذفها الرأى الذى يقول بأن الرهن الرسمى فى يد الحائز يزول بالتقادم ، إلا أن الباب لا زال مفتوحاً للمراجعة . ويؤيد هذا الرأى الذى كان مكتوباً فى مشروع التقنين المدنى المصرى ثم حذف ، ما جاء فى الأعمال التحضيرية وفى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى بشأنه ، وقد نقلنا ذلك كله فيما تقدم .

= المكسبة للملكية ، فإن تملكه العقار لا يستتبع حتماً انقضاء الرهن ، بل يكون الدائن المرتهن الحق فى نزع ملكية العقار وفاء لدينه . ولا يصح القول بأن وضع اليد على ذلك العقار المدة الطويلة يكسب ملكية العقار وملكية الرهن ، إذ هذا يؤدى إلى إهدار حق الدائن الذى كفله نص المادة ٥٥٤ من القانون المدنى من استيفاء دينه بالأولوية والتقدم على الدائنين الآخرين من ثمن ذلك العقار فى أى يد يكون ، كما أن فيه إجازة لسقوط حق الرهن استقلالا عن الدين المضمون به مع أنه تابع له لا ينقضى إلا بانقضائه (نقض مدنى ٨ مارس سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ ص ٣٠١) .

(١) انظر عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٢٧٦ — شفيق شحاتة فقرة ٣٢٥ ص ٢٨٠ — شمس الدين الوكيل فقرة ١٣٢ — محمد على إمام فقرة ٢٩٠ ص ٤١١ — جمال الدين زكى ص ٤٢٣ — أحمد سلامة فقرة ١٣٨ ص ٤٥٠ — سمير تناغو فقرة ٦٨ ص ٢٠٦ ص ٢٠٧ .

الباب الثانى

حق الاختصاص



٣٩٩ — ما هو حق الاختصاص : حـــق الاختصــــاص (droit d'affectation) ، أو اختصاص الدائن بعقارات مدينه ، هو حق عينى تبعى يمنحه رئيس المحكمة للدائن ، بناء على حكم واجب التنفيذ صادر بإلزام المدين بالدين ، على عقار أو أكثر من عقارات المدين . ويستطيع الدائن بموجب هذا الحق أن يستوفى حقه فى الدين ، متقدماً على الدائنين العاديين والدائنين التالين له فى المرتبة ، من هذا العقار أو العقارات فى أى يد تكون .

فحق الاختصاص إذن يشبه حق الرهن الرسمى من حيث الآثار ، ويختلف عنه من حيث النشوء ، فحق الرهن الرسمى ينشأ من العقد ، أما حق الاختصاص فينشأ ، بناء على حكم قضائى واجب التنفيذ ، من إذن صادر من رئيس المحكمة .

٤٠٠ — حق الاختصاص من الإجراءات التحفظية : وحق الاختصاص من الإجراءات التحفظية ، يلجأ إليه الدائن لضمان تنفيذ الحكم الصادر له .

وقد قضت الدوائر المجتمعة لمحكمة الاستئناف المختلطة[1] بأن السند المنشئ

---

(١) ٢ أبريل سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٩٧ — وانظر استئناف مختلط ١٢ نوفمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ١٩ — ٤ مايو سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢٨١ .

لحق الاختصاص هو الحكم الملزم بالمدين ، لا أمر من رئيس المحكمة ، وهذا الأمر ليس إلا استعمالا لهذا الحق تحت رقابة القاضي . والصحيح أن السند المنشئ لحق الاختصاص هو الأمر الصادر من رئيس المحكمة بتقرير حق الاختصاص ، إذ أن هذا الأمر هو الذي يقرر للدائن حق الاختصاص ويعين الأموال التي يرد عليها هذا الحق ، وهو الذي يجب أن يقيد لنفاذ الاختصاص في حق الغير[1] ، والمسلم به أنه لا يجوز قيد الاختصاص بموجب الحكم الملزم بالدين بل لا بد في ذلك من استصـــدار أمر القاضي بالاختصاص[2] .

٤٠١ — تاريخ حق الاختصاص : وجد حق الاختصاص أولا في القانون الوطني ، أما القانون المختلط فكان فيه حق الرهن القضائي (م ٢١٢٣ مدني فرنسي) .

ولم يكن القانون المدني المختلط عند صدوره ينص على حق الاختصاص ، بل كان ينص على حق الرهن القضائي على مثال القانون المدني الفرنسي . فكانت المادة ٦٨٢ مدني مختلط تقضي بأن الرهن القضائي يترتب بقوة القانون على كل حكم صادر من المحاكم المصرية أو من محاكم القنصليات بالقطر المصري ، لصالح من صدر له الحكم المذكور . وكان هذا الرهن عاماً ، على جميع عقارات المدين الحالة والمستقبلة .

ولما صدر التقنين المدني الوطني في سنة ١٨٨٣ ، استعاض من الرهن القضائي بحق الاختصاص . وعلق الحصول على حق الاختصاص على إذن

---

(١) استئناف مختلط ١٩ يناير سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ١٨٩ .

(٢) شفيق شحاتة ٣ ص ١٥٢ هامش ١ — سليمان مرقس فقرة ١٩٤ ص ٢٨٩ هامش ١ .

رئيس المحكمة ، وقصر على عقار أو عقارات معينة يعنيها رئيس المحكمة في إذنه .

وفي ٥ ديسمبر سنة ١٨٨٦ عدل التقنين المدني المختلط ، وحل فيه حق الاختصاص محل الرهن القضائي[١].

٤٠٢ — حق الاختصاص وحق الرهن القضائي : حق الرهن القضائي يترتب بقوة القانون على كل حكم قضائي لمن صدر لمصلحته هذا الحكم ، ويرد على جميع عقارات المحكوم ضده الحالة والمستقبلة . أما حق الاختصاص فإنه لا ينشأ بقوة القانون ، بل لا بد من إذن رئيس المحكمة ، ويكون خاصاً بعقار أو عقارات معينة .

٤٠٣ — مزايا حق الاختصاص وعيوبه : ومن مزايا حق الاختصاص ضمان تنفيذ الأحكام القضائية بحماية الدائن الذي حصل على هذه الأحكام ، أكثر مما تحميه الدعوى البولصية . فيكون له حق التقدم وحق التتبع ، ويعفى من إثبات غش المدين ، فيقتنع الدائن بذلك ولا يسارع إلى تنفيذ الحكم .

ولكن يترتب على حق الاختصاص تفضيل بعض الدائنين على بعض آخر ، ولا يترتب هذا التفضيل على إرادة المتعاقد كما في الرهن ، ولا على صفة في الدين كما في حق الامتياز ، بل على سرعة الحصول على حكم واجب التنفيذ . وحق الاختصاص قد يجحف بالمدين لأن عقاراته يتقرر عليها رهن قد لا يوافق عليه ، وقد يتسابق دائنوه الحصول على حق الاختصاص مما يزيد المصروفات عليه[٢] .

---

(١) وقد أحل دكريتو ٥ ديسمبر سنة ١٨٨٦ المواد ٧٢١ — ٧٢٦ مدني مختلط محل المواد ٦٨١ — ٦٨٢ مدني مختلط محل المواد ٦٨١ — ٦٨٢ مدني مختلط .

(٢) انظر جرانمولان ٥٧٤ - ٥٧٥ — محمد كامل مرسي ٢٣٢ — ٢٣٣ .

٤٠٤ — الاختصاص لا يكون إلا بحكم واجب التنفيذ : وأهم تعديل أدخل على حق الاختصاص هو جعله لا يكون إلا بحكم واجب التنفيذ .

فقد كانت الفقرة الأولى من المادة ١٥١١ من المشروع التمهيدى تنص على ما يأتى :

« يجوز لكل دائن بيده حكم موضوعى . . . . أن يحصل على حق اختصاص . . . . . سواء كان الحكم حضورياً أو غيابياً ، ابتدائياً أو نهائياً »(١)

فعدل هذا النص فى لجنة مجلس الشيوخ ، وصار كالآتى :

« يجوز لكل دائن بيده حكم واجب التنفيذ . . . أن يحصل . . . على حق اختصاص بعقارات مدينه . . . » (م ١/١٠٨٥ مدنى) .

وسنأتى فيما بعد لتفصيل ذلك .

٤٠٥ — نظرة عامة من المذكرة الإيضاحية : وبعد هذا التعديل الهام ، نأتى بنظرة عامة فى حق الاختصاص وردت فى المذكرة الإيضاحية ، فقد ورد فى هذه المذكرة ما يأتى :

« ١ — عيوب التقنين الحالى (السابق) فى حق الاختصاص كثيرة ، أهمها ، من ناحية الشكل ، أن النصوص المتعلقة بحق الاختصاص مبعثرة بين التقنين المدنى وتقنين المرافعات . ومن ناحية الموضوع ، أن هذا التقنين ولو أنه تجنب عيوب الرهن القضائى المعروف فى القانون الفرنسى ، فجعل حق الاختصاص لا يترتب من تلقاء نفسه بل لا بد فيه من أمر القاضى ، ولا يترتب على جميع عقارات المدين بل لا بد من تخصيص عقارات معينة بالذات ، إلا أنه لا يزال واقعاً فى عيبين جوهريين .

(أ) فلا يزال حق الاختصاص سبباً لإيثار دائن على دائن دون مبرر ،

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٥٧ .

بل قد يكون الأسبق من الدائنين إلى أخذ الاختصاص هو الدائن المتعنت ، وقد تكون الصدفة وحدها هي التي جعلت أحد الدائنين يحصل على حكم قبل الآخر فيسبق إلى أخذ الاختصاص .

(ب) ولا يزال حق الاختصاص سبب عنت للمدين . فقد يؤخذ في غيبته على عقار قيمته أكبر بكثير من الدين ، ولا وسيلة للخلاص من هذا العنت إلا الطريق المعتاد البطيء . ثم إذا كان هو في أول الأمر متناسباً مع الدين ، فقد يختل هذا التناسب في المستقبل ، إما بزيادة قيمة العقار أو بنقص مبلغ الدين ، فيبقى العقار مثقلا بحق لم يكن للمدين يد في ترتيبه ، فتنقضي قيمة العقار عند التعامل » .

« ٢ — عالج المشروع كل هذه العيوب ، فلم يبق لحق الاختصاص بعد ذلك إلا مزاياه . فهو يعطي للدائن حسن النية ، الذي يخشى من تصرفات المدين ، ضماناً يطمئن إليه ويستطيع معه أن ينظر المدين إلى أجل في الوفاء ، مما يعود بالفائدة على كل منهما ولا ضرر على سائر الدائنين . وبذلك ينحسم النزاع الذي يقع كثيراً عندما يثار البحث فيما إذا كان الأولى إبقاء حق الاختصاص أو حذفه ، فمن الخير أن يبقى هذا الحق ، ولكن معدلا على الوجه الذي أتى به المشروع وتتلخص هذه التعديلات فيما يأتي : » .

« ٣ — جمع المشروع كل النصوص المتعلقة بحق الاختصاص في مكان واحد ، سواء ما تعلق منها بأصل الحق أو ما كان منظماً لإجراءاته ، ورتب هذه النصوص ترتيباً منطقياً على غرار الرهن الرسمي . فذكر في الفصل الأول كيف ينشأ هذا الحق ، وعرض في ذلك للأحكام التي يؤخذ بمقتضاها ، وللأموال التي يترتب عليها ، وللإجراءات التي يجب اتباعها . وبسط في الفصل الثاني آثار الحق ، فبين ما يسري عليه من أحكام الرهن الرسمي وما لا يسري . وعرض في الفصل الثالث لإنقاص الحق وانقضائه ،

والإنقاص شيء جديد أتى به المشروع نقلا عن التقنين الإيطالي » .

« ٤ – وعنى المشروع من الناحية الموضوعية بأمرين : فقد أوضح مسائل هي الآن غامضة في التقنين الحالي (السابق) مقنناً في ذلك المبادئ التي استقر القضاء المصري عليها في هذه المسائل ، وعالج العيبين الجوهريين اللذين سبقت الإشارة إليهما من حيث أن حق الاختصاص سبب لإيثار دائن على آخر دون مبرر ومن حيث أنه سبب لعنت المدين .

فالمسائل التي أوضحها المشروع يمكن إجمال أهمها فيما يلي :

(أ) بين أن الدائن الذي يريد الحصول على حق اختصاص يجب أن يكون حسن النية . . . وهذا ما استقر عليه القضاء المصري (نقض ٢١ مايو سنة ١٩٣٦ ملحق القانون والاقتصاد ٦ ص ٢٣٩) .

(ب) وضح أن الحكم الذي يؤخذ به حق الاختصاص يجب أن يكون حكماً موضوعياً يلزم المدين بشيء معين . . . وذكر متى يمكن أخذ حق الاختصاص بمقتضى أحكام أجنبية وبمقتضى قرارات التحكيم . . . وحسم النزاع الذي يثار عادة فيما يتعلق بالأحكام التي تثبت صلحاً وبالأحكام التي تصدر في دعوى تحقيق الخطوط بصحة التوقيع . وبالأحكام التي تلزم بتقديم حساب . . . .

(ح) عالج عيباً في الإجراءات كان ضاراً بالدائن في التقنين الأهلي ، فإن هذا التقنين لا يزال يتطلب أن تكون العريضة التي يتقدم بها الدائن لأجل الاختصاص مصحوبة بصورة من الحكم . وقد لا يحصل الدائن على هذه الصورة إلا بعد مدة طويلة ، فلا يمكن من أخذ الاختصاص في الوقت المناسب . وقد أخذ المشروع بما نص عليه التقنين المختلط . . . من أن تقديم صورة الحكم ليس ضرورياً ، ويغني عنه تقديم شهادة من قلم الكتاب يذكر فيها منطوق الحكم » .

٥٥ — وعالج المشروع العيبين الجوهريين فى حق الاختصاص على النحو الآتى :

أولا — منع حق الاختصاص من أن يكون سبباً لإيثار دائن على آخر دون مبرر : سواء أكان ذلك بعد وفاة المدين ، أم كان قبل وفاته وبعد إعساره حال حياته . ففيما يتعلق بحالة الوفاة نص المشروع على أنه لا يجوز للدائن بعد موت المدين أخذ اختصاص بعقار فى التركة . وذلك تقنيناً لما ذهب إليه جمهور الفقهاء فى هذا الشأن تفريعاً على مبدأ : لا تركة إلا بعد سداد الدين . أما فيما يتعلق بحالة إعسار المدين فى حياته : فقد اكتفى المشروع بما نص عليه فى باب الإعسار من أنه لا يجوز أن يحتج على الدائنين الذين يكون لهم حقوق سابقة على تسجيل صحيفة دعوى الإعسار بأن اختصاصاً يقع على عقارات المدين بعد هذا التسجيل . . .

ثانياً — منع حق الاختصاص من أن يكون سبباً لعنت المدين بالوسيلتين الآتيتين :

(أ) حال دون أن يأخذ المدين من مبدأ الأمر حق اختصاص على عقار قيمته أكبر بكثير من الدين ، بأن ألزم الدائن أن يقدم أوراقاً تثبت قيمة العقارات التى يريد أن يختص بها وأنها مملوكة للمدين . . . . . وأوجب على قلم الكتاب أن يؤشر بالاختصاص على صورة الحكم أو الشهادة التى تقوم مقامها ، وعلى كل صورة أو شهادة أخرى تسلم للدائن . . . حتى يتعذر على الدائن بذلك أن يحصل على اختصاصات متعددة من محاكم مختلفة على عقارات تقع فى دوائر هذه المحاكم ، دون أن تعلم كل محكمة تعطى اختصاصات بما أعطته المحاكم الأخرى من ذلك . وفرض المشروع بعد كل هذا أن القاضى ، رغماً من هذه الاحتياطات ، قد يخطئ فيعطى اختصاصاً على عقار تزيد قيمته كثيراً على الدين ، فنظم طريقة لتظلم المدين

بأن أوجب على قلم الكتاب إعلانه فى نفس اليوم الذى يقيد فيه حق الاختصاص حتى يتمكن من التظلم بطريقة مختصرة سريعة . . .

(ب) حال دون أن يستبقى الدائن حق اختصاص كان فى مبدأ الأمر متناسباً مع المدين ، ثم اختل التناسب بعد ذلك ، لنقص فى مبلغ الدين أو لزيادة فى قيمة العقار . فنظم إجراءات يستطيع المدين بمقتضاها أن يطالب بإنقاص حق الاختصاص ، إما بقصره على جزء من العقار أو العقارات التى رتب عليها ، أو بنقله إلى عقار آخر تكون قيمته كافية لضمان المستحق من الدين »[1] .

٤٠٦ — تقسيم الموضوع : ونعالج حق الاختصاص فى فصول ثلاثة :

(الفصل الأول) إنشاء حق الاختصاص .

(الفصل الثانى) آثار حق الاختصاص .

(الفصل الثالث) إنقاص حق الاختصاص وانقضاؤه .

الفصل الأول

إنشاء حق الاختصاص

٤٠٧ — الأحكام الموضوعية والإجراءات : فى هذا الفصل الأول ، نورد أهم أحكام حق الاختصاص ، ولذلك يعتبر هذا الفصل أهم فصول حق الاختصاص .

ونقسمه إلى فرعين :

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٥٢ – ص ١٥٥ .

(الفرع الأول) الأحكام الموضوعية :

(الفرع الثانى) الإجراءات .

الفرع الأول

الأحكام الموضوعية

٤٠٨ – المحكوم له أو الدائن حسن النية هو الذى يتقرر له حق الاختصاص : ولما كان حق الاختصاص حقاً عينياً تبعياً ، كالرهن وحق الامتياز ، فلا بد له من صاحب . ولما كان حق الاختصاص لا يؤخذ إلا بحكم كما سنرى ، فالخصم المحكوم له فى هذا الحكم هو الذى يتقرر فى صالحه حق الاختصاص ضماناً لتنفيذ الحكم ، ويتقرر ضد الخصم الذى حكم عليه ، وهذا واضح .

ويؤخذ حق الاختصاص ضماناً للمحكوم به ، وهو أصل الدين والفوائد والمصروفات .

وتقول الفقرة الأولى من المادة ١٠٨٥ مدنى إنه « يجوز لكل دائن . . . أن يحصل متى كان حسن النية ، على حق اختصاص بعقارات مدينه ضماناً لأصل الدين والفوائد والمصروفات » .

فيشترط إذن فى المحكوم له ، أو الدائن ، أن يكون حسن النية[1] . وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ، فى هذا الخصوص ، ما يأتى : « ويشترط لأخذ حق الاختصاص أن يكون الدائن حسن النية ،

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه لا يجوز لصاحب اختصاص الاحتجاج بسبق اختصاصه إلا إذا كان حسن النية (نقض مدنى ٢١ يونيه سنة ١٩٣٦ المجموعة فى ٢٥ عاما ص ٣٩٤) .

فلو باع المدين عقاراً له ، ثم أخذ الدائن حق اختصاص وهو عالم ببيعه ، وقيد حق الاختصاص قبل تسجيل البيع ، فإن هذا الحق لا ينفذ فى حق المشترى »[١] .

وجاء فى حكم لمحكمة النقض[٢] ما يأتى : « الدائن الذى أخفى عن رئيس المحكمة أن العقار الذى أراد الاختصاص به قد باعه مدينه بعقد عرفى ثابت التاريخ قبل قانون التسجيل وقبل نشوء حقه فى الدين ، وذكر فى عريضته أن هذا العقار هو ملك مدينه ولا يزال على ملكه ، فصدر له الأمر بالاختصاص ، وما كان ليصدر لو صدق وذكر عن أوصاف العقار ما يجب عليه ذكره صدقاً ، هذا الدائن يعتبر أنه قد عمل عملا إيجابياً منطوياً على سوء النية يجعل الاختصاص الصادر له منطوياً على سوء النية ، فلا يمكن اعتبار تسجيله سارياً فى مواجهة المشترى من المدين » .

وهناك مثل آخر لدائن حصل على حق اختصاص بسوء نية : مدين حكم عليه بالدين وله عقار واحد . وقبل الحكم بالدين رهن العقار رهناً رسمياً إلى دائن مرتهن حسن النية . وقبل أن يقيد هذا الدائن رهنه وبعد الحكم بالدين ، تواطأ المحكوم عليه بالدين مع المحكوم له ودفع الأول الثانى إلى الحصول على حق اختصاص وقيد هذا الحق قبل الرهن الرسمى ، والدائن صاحب الاختصاص يعلم بحقيقة الأمر وبأن العقار مرهون . هنا يكون الدائن صاحب حق الاختصاص سيئ النية ، ولا يكون حق اختصاصه نافذا فى مواجهة الدائن المرتهن رهناً رسمياً .

فيمكن القول إذن بأن الدائن صاحب حق الاختصاص ينتفى حسن نيته إذا طلب اختصاصاً على عقار مملوك للمدين وهو يعلم تعلق حق الغير

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٦٤ .

(٢) نقض مدنى ٢١ مايو سنة ١٩٣٦ ملحق مجلة القانون والاقتصاد ٦ ص ٢٣١ .

به ، حتى لو كان هذا الحق لم تتوافر فيه الشروط اللازمة للاحتجاج به على الغير .

والأصل هو حسن النية ، وعلى من يدعى العكس أن يثبت ما يدعيه . ويكفى أن يثبت أن الدائن صاحب الاختصاص كان يعلم بسبق تصرف المدين فى العقار ببيع أو رهن . فيكفى فى المثل السابق أن يثبت الدائن المرتهن رهناً رسمياً أن الدائن صاحب الاختصاص ، كان يعلم ، قبل أخذه حق الاختصاص ، أن مدينه رهن العقار رهناً رسمياً[1] .

وننظر بعد ذلك فى : (١) الأحكام التى يؤخذ بها حق الاختصاص . (٢) والأموال التى يؤخذ عليها حق الاختصاص .

المبحث الأول

الأحكام التى يؤخذ بها حق الاختصاص

٤٠٩ — نصوص قانونية : تنص المادة ١٠٨٥ مدنى على ما يأتى :

« ١ — يجوز لكل دائن بيده حكم واجب التنفيذ صادر فى موضوع

(١) عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٣٩١ — محمد على إمام فقرة ٢٩٧ — سليمان مرقس فقرة ١٩٩ — شمس الدين الوكيل فقرة ١٣٨ — ويقول الأستاذ سمير تناغو : « أما إذا كان الدائن صاحب الاختصاص يعلم أن العقار المملوك للمدين قد بيع من قبل بعقد غير مسجل ، فلا يمنعه هذا من التنفيذ عليه ويعتبر تنبيه نزع الملكية مانعاً لاحتجاج المشترى بالبيع بعد ذلك ، ولا يمنعه ذلك بالتالى من الحصول على اختصاص على العقار ، والاختصاص أقل من نزع الملكية . ولذلك فيكون المقصود بحسن النية هو عدم صدور غش من الدائن ، على أساس أن الغش يفسد كل شىء : نقض مدنى ٢١ مايو سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ فقرة ١٦٩ ص ١١٢٧ — ١٠ نوفمبر سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١٤٢ ص ٤٢٧ » (سمير تناغو فقرة ٧١ ص ٢١٩) .

الدعوى يلزم المدين بشيء معين أن يحصل ، متى كان حسن النية ، على حق اختصاص بعقارات مدينه ، ضماناً لأصل الدين والفوائد والمصروفات » .

« ٢ – ولا يجوز للدائن ، بعد موت المدين ، أخذ اختصاص على عقار في التركة » .

وتنص المادة ١٠٨٦ مدنى على ما يأتي :

« لا يجوز الحصول على حق اختصاص بناء على حكم صادر من محكمة أجنبية ، أو على قرار صادر من محكمين ، إلا إذا أصبح الحكم أو القرار واجب التنفيذ » .

وتنص المادة ١٠٨٧ مدنى على ما يأتي :

« يجوز الحصول على حق اختصاص بناء على حكم يثبت صلحاً أو اتفاقاً تم بين الخصوم ، ولكن لا يجوز الحصول على حق اختصاص بناء على حكم صادر بصحة التوقيع »[1] .

---

(١) تاريخ النصوص :

م ١٠٨٥ : ورد هذا النص في المادة ١٥١١ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : « ١ – يجوز لكل دائن بيده حكم موضوعي يلزم المدين بشيء معين ، إذا كان حسن النية ، أن يحصل على حق اختصاص بعقارات مدينة ، ضمانا لأصل الدين والفوائد والمصروفات ، سواء كان الحكم حضوريا أو غيابيا ، ابتدائيا أو نهائيا . ٢ – ومع ذلك إذا أخذ حق الاختصاص بمقتضى حكم غيابي ، فإنه يسقط بسقوط هذا الحكم » . وفي لجنة المراجعة عدل النص على الوجه الآتي : « ١ – يجوز لكل دائن بيده حكم صادر في موضوع الدعوى يلزم المدين بشيء معين ، = أن يحصل متى كان حسن النية على حق اختصاص بعقارات مدينه ، ضمانا لأصل الدين والفوائد والمصروفات ، سواء كان الحكم حضوريا أو غيابيا ، ابتدائيا أو نهائيا . ٢ – ولا يجوز للدائن ، بعد موت المدين ، أخذ اختصاص على عقار في التركة » . وأصبح رقم المادة ١١٨٨ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب تحت رقم ١١٧٤ . وفي لجنة مجلس الشيوخ طلب أحد الأعضاء أن يدلى باعتراض على حق الاختصاص ، فقال إن هذا الحق يعطى لدائن عادى ، تعجل استصدار حكم ، حق التقدم وحق التتبع على كثيرين من الدائنين العاديين والمرتهنين الذين يقيدون حقوقهم بعده . وصدور الحكم من اختصاص القضاء ، ولا دخل للدائن أو المدين فيه . =

= وفضلا عن هذا فإن حق الأولوية والتتبع ليس منشؤه اتفاقا أو عملا خاصا ، ولذلك فإن هناك كثيرين ينادون بأنه حق من الحقوق التي لا أساس لها . ولذلك فإنه يقترح إلغاء هذا الحق ويكون مرجع الأولوية إلى الاتفاق أو القانون ، وإذا رؤى استبقاؤه فليكن حقا ينتفع به الدائنون جميعا الثابتة حقوقهم قبل صدور الحكم ، ويعتبر الدائن الذي يأخذ حق اختصاص أنه يعمل لنفسه ولغيره . . . . ولا يمكن القول إن هذا الحق للدائن هو بسبب نشاطه في مبادرته في الالتجاء إلى القضاء ، لأن صدور الأحكام لا يرتبط دائما بالمبادرة إلى رفع الدعوى قبل غيره ، فقد يكون هو السابق ويكون تأخير الحكم راجعا إلى تأخير الدعوى وتاريخ صدور الحكم فيها . فقالت الحكومة إن هذا الرأي له وجاهته ، وعلاج هذه الحالة هو تحريم « أخذ حق اختصاص على المدين المعسر كما هو الشأن في تحريمه بعد موت المدين . وقد استقر الرأي على عرض هذه الآراء على عرض هذه الآراء على اللجنة في الاجتماع القادم ، لإقرار مبدأ حق الاختصاص .

وبعد ذلك أضافت اللجنة عبارة « واجب التنفيذ » بعد كلمة « حكم » في الفقرة الأولى . . . لأن من يحصل على حق الاختصاص بحكم واجب التنفيذ قد يرتضى إرجاء التنفيذ ما دام قد أمن بالاختصاص على حقه . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها لجنته ، تحت رقم ١٠٨٥ (مجموعة الأحكام التحضيرية ٧ ص ١٥٦ – ص ١٦٠) .

التقنين المدني السابق م ٥٩٥ / ٧٢١ : يجوز لكل دائن بيده حكم صادر بمواجهة الأخصام أو في غيبة أحدهم ، سواء كان ابتدائيا أو انتهائيا ، أن يتحصل على اختصاصه بعقارات مدينه ، تأمينا على أصل دينه وفوائده والمصاريف ، بشرط مراعاة واستيفاء الإجراءات المبينة في قانون المرافعات .

م ١٠٨٦ : ورد هذا النص في المادة ١٥١٢ من المشروع التمهيدي . وعدلته لجنة المراجعة فأصبح مطابقا لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وأصبح رقمه ١١٨٩ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١٧٥ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٨٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٦١ – ص ١٦٢) .

التقنين المدني السابق : لا مقابل .

م ١٠٨٧ : ورد هذا النص في المادة ١٥١٣ من المشروع التمهيدي ، وكان المشروع التمهيدي يتضمن فقرة ثانية تجري على الوجه الآتي : « ٢ – حق الاختصاص المأخوذ بناء على حكم ملزم بتقديم حساب يضمن التعويض المستحق بسبب عدم تنفيذ هذا الحكم ، ولا يضمن ما عسى أن يظهر في ذمة المدين من رصيد لهذا الحساب » . وأقرته لجنة المراجعة ، تحت رقم ١١٩٠ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، تحت رقم ١١٧٦ . وفي لجنة مجلس الشيوخ ، حذفت الفقرة الثانية ، وترك أمر ما يضمنه حق الاختصاص للقضاء ، يحكم فيه وفقا لظروف كل حالة بخصوصها ، وأصبح رقم المادة ١٠٨٧ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٦٢ – ١٦٥) .

التقنين المدني السابق : لا مقابل .

وجاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ، فى شأن هذه النصوص ، ما يأتى :

« ١ – يؤخذ حق الاختصاص بمقتضى حكم موضوعى ملزم بشىء معين ، فخرجت الأحكام التحضيرية ، والتمهيدية ، والأحكام الموضوعية غير الملزمة بشىء معين كالحكم برفض الدعوى . . . ويجوز أخذ حق اختصاص بمقتضى حكم صادر من محكمة أجنبية إذا وضع عليه أمر التنفيذ (exequatur) ، كما يجوز أخذه بمقتضى قرار صادر من المحكمين متى وضع على القرار أمر التنفيذ من المحكمة . والاختصاص المأخوذ بناء على حكم بتقديم حساب يضمن التعويض المستحق بسبب تنفيذ الحكم ، لا ما عسى أن يظهر فى ذمة المدين من رصيد الحساب » .

« ٢ – ولا يؤخذ حق الاختصاص بناء على سند ، ولو كان رسمياً . أما الحكم الذى يثبت صلحاً فهو يتراوح بين الحكم والسند الرسمى ، ولذلك كان الحق فى أخذ اختصاص بمقتضاه محلا للنظر ، فقطع المشروع الشك فى هذه المسألة وقرر جواز أخذ اختصاص بمقتضاه ، مجارياً فى ذلك القضاء المصرى . ولا يجوز أخذ اختصاص بناء على حكم يثبت إقراراً بصحة التوقيع ، أو على حكم صادر فى دعوى تحقيق الخطوط الأصلية . وإلا استطاع كل دائن أن يحصل على اختصاص قبل حلول الدين ، بأن يرفع دعوى أصلية بصحة التوقيع أو الختم »[١] .

ويؤخذ من ذلك أن الدائن ، حتى يحصل على اختصاص ، يجب أن يكون بيده :

١ – حكم قضائى .
٢ – حكم صادر من محكمة أجنبية .
٣ – قرار صادر من محكمين .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٦٣ .

٤ – حكم يثبت صلحاً أو اتفاقاً تم بين الخصوم .

٥ – لا حكم صادر بصحة التوقيع .

٦ – أن يكون الحكم واجب التنفيذ .

٧ – صادراً فى موضوع الدعوى .

٨ – ملزماً المدين بشىء معين .

٩ – لا اختصاص بعد وفاة المدين .

١٠ – عدم نفاذ الاختصاص فى حق الدائن السابق دينه على تسجيل صحيفة دعوى الإعسار .

§ ١ – حكم قضائى

٤١٠ – لا يؤخذ حق الاختصاص بسند ولو رسمى : فلا بد ، لأخذ حق اختصاص ، من حكم قضائى . فالسند ، ولو كان سنداً رسمياً ، لا يؤخذ به حق اختصاص . ذلك أن السند ، ولو كان سنداً رسمياً ، لم يكن محلا للبحث أمام القضاء . فهو غير متوافرة فيه الضمانات المتوافرة فى المسائل التى يبت فيها القضاء ويقرها[1] .

والسند ، ولو كان رسمياً ، يصلح كوثيقة للتنفيذ على المدين ، ولكن لا يجوز تقرير حق اختصاص بموجبه ، والقول بغير ذلك يهيئ لكل دائن حصل على تعهد المدين أمام الموثق أن يحصل على حق اختصاص دون مبرر[2] .

---

(١) طنطا الابتدائية ١٣ ديسمبر سنة ١٩١٧ الحقوق ٣٣ ص ٢١٢ – ومع ذلك قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن البائع الذى له سند تنفيذى لا يقبل منه الحصول على اختصاص على عقار المشترى إذا لم يقدم الدليل على أن الأموال المحملة بحق امتيازه أصبحت بسبب نقص قيمتها غير كافية لضمان دينه ، وخصوصاً إذا كان قد تسلم جزءاً كبيراً من ثمن المبيع (استئناف مختلط ١٦ مايو سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٣٣٤) .

(٢) شمس الدين الوكيل فقرة ١٤٠ – وانظر عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٣٨٦ – سليمان مرقس فقرة ٢٠١ – سمير تناغو فقرة ٧١ ص ٢١٦ .

٤١١ — لا يؤخذ من الاختصاص بناء على أمر ولائي من المحكمة :

كذلك لا يجوز أخذ حق اختصاص بناء على أمر ولائى ، أصدرته المحكمة بموجب سلطتها الولائية (juridistion grascicuse) [1].

٤١٢ — يؤخذ من الاختصاص بموجب حكم صادر من جهة قضائية :

وإنما يؤخذ حق الاختصاص بناء على حكم صادر من جهة قضائية ، بموجب سلطتها القضائية (juridiction contenticuse) .

فيجب أن يكون هناك نزاع مطروح أمام المحكمة ، تفصل فيه بموجب سلطتها القضائية . فتصدر حكماً هو الذى يؤخذ بموجبه حق الاختصاص ، وهذا هو الحكم القضائى[2] .

ولا يهم بعد ذلك نوع المحكمة التى أصدرت الحكم ، فقد تكون محكمة مدنية أو تجارية أو جنائية[3] ، وقد تكون محكمة شرعية أو ملية عند ما كانت هذه المحاكم موجودة ، بل قد تكون محكمة قنصلية عند وجود المحاكم القنصلية . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه يجوز الحصول على

= وقد قضى بأن الدائن ، إذا أراد الحصول على اختصاص ، يجب عليه أولا الحصول على حكم بالدين ، ثم يحصل على أمر بالاختصاص بناء على هذا الحكم (استئناف مختلط ٣ مارس سنة م ٤٨ ص ١٧١) .

(١) محمد كامل مرسى فقرة ٢٣٥ ص ٣١٢ — سليمان مرقس فقرة ٢٠١ ص ٣٠٦ .

(٢) يؤخذ اختصاص بموجب حكم يلزم المدين بتقديم حساب (استئناف مختلط ٨ يناير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ١٣١) .

(٣) وإذا صدر الحكم من محكمة جنائية ، كان حق الاختصاص ضامنا التعويض المدنى والمصروفات المحكوم بها للحكومة (استئناف وطنى ١٥ مايو سنة ١٩٢٤ المحاماة ٤ رقم ٧٠٣ ص ٩٢٥ — استئناف مختلط ٢ يناير سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٩١ — ١٨ مايو سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٢٥٧) — بلانيول وريبير وبيكيه فقرة ٥٧٥ — دى هلتس ١٠ — جرانمولان ٥٨٤ — محمد كامل مرسى ٢٣٩ .

حق اختصاص بموجب حكم صادر فى مصر من محكمة قنصلية فى حدود اختصاصها ، كالحكم بالنفقة ، لأن المشرع المصرى هو الذى وزع الاختصاص على هذه المحاكم ، ولأن النصوص المتعلقة بحق الاختصاص جاءت مطلقة دون تفرقة[١] .

§ ٢ – حكم صادر من محكمة أجنبية

٤١٣ – يجوز أخذ حق الاختصاص بناء على حكم صادر من محكمة أجنبية : رأينا[٢] أن المادة ١٠٨٦ مدنى تنص على أنه « لا يجوز الحصول على حق اختصاص بناء على حكم صادر من محكمة أجنبية ..... إلا إذا أصبح الحكم واجب التنفيذ » .

إذن يجوز الحصول على حق اختصاص بناء على حكم صادر من محكمة أجنبية ، بموجب سلطتها القضائية لا سلطتها الولائية .

ويشترط فى الحكم أن يكون واجب التنفيذ ، وصادراً فى موضوع الدعوى ، وملزماً المدين بشىء معين ، وذلك كالأحكام المصرية .

فالحكم الصادر من محاكم السودان أو محاكم أى بلد عربى آخر ، حكم يجوز أخذ اختصاص بموجبه إذا توافرت الشروط المطلوبة ، وبوجه خاص إذا تم الحصول على أمر بالتنفيذ كما سيأتى .

٤١٤ – لا بد للحكم الأجنبى من الحصول على أمر بالتنفيذ : والذى يميز الأحكام الصادرة من محاكم أجنبية عن الأحكام المصرية ، هو أن الأحكام الأجنبية لا بد ، قبل أن تكون صالحة لأن يطلب بموجبها الحصول

---

(١) استئناف مختلط ٢٤ أبريل سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٤٤٩ .

(٢) آنفاً فقرة ٤٠٩ .

على حق اختصاص ، من أن تحصل على أمر بالتنفيذ (exequatur) ، وهذا الأمر هو ما يجب أن يحصل الحكم الأجنبي عليه حتى يكون نافذاً وسارياً فى مصر .

والرأى الراجح فى القانون الدولى الخاص أنه لا يجوز ترتيب حق اختصاص بناء على حكم أجنبى لا يجيز قانون القاضى الذى أصدره أخذ حق اختصاص بموجبه . فيشترط ، تطبيقاً لذلك ، لتقرير حق اختصاص على عقار فى مصر بموجب حكم أجنبى ، أن يكون قانون القاضى الذى أصدر الحكم يعترف بنظام حق الاختصاص[1] .

§ ٣ – قرارات المحكمين

٤١٥ – يجوز أخذ حق اختصاص بناء على قرار صادر من محكمين : رأينا أيضاً[2] أن المادة ١٠٨٦ مدنى تنص على أنه « لا يجوز الحصول على حق اختصاص بناء على . . . . قرر صادر من محكمين ، إلا إذا أصبح . . . . القرار واجب التنفيذ » .

فالقرار الصادر من المحكمين ، كالحكم الصادر من محكمة أجنبية ، يمكن الحصول بموجبه على حق اختصاص .

٤١٦ – لابد فى قرار المحكمين أن يصبح القرار واجب التنفيذ : وحتى يمكن الحصول على حق اختصاص بموجب قرار صادر من محكمين ، لا بد أن يكون القرار ، كما تقول المادة ١٠٨٦ مدنى ، واجب التنفيذ .

---

(١) بيدان وفواران ١٤ فقرة ٣٥٨ – بلانيول وريبير وبيكيه ١٢ فقرة ٥٨٩ . لهوديير وبيجونيير الموجز فى القانون الدولى الخاص فقرة ٣٥٤ – عز الدين عبد الله فى القانون الدولى الخاص ٢ فقرة ١٢٠ وما بعدها – شمس الدين الوكيل فقرة ١٥٠ ص ٤٠٨ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٤٠٩ .

فلا بد إذن أن يكون قرار المحكمين قابلا للتنفيذ فى مصر ، طبقاً لنصوص تقنين المرافعات وأحكامه .

وقد عالج تقنين المرافعات الجديد التحكيم فى المواد ٥٠١ — ٥١٢ ، فنص فى المادة ٥٠٩ منه على ما يأتى :

« لا يكون حكم المحكمين قابلا للتنفيذ إلا بأمر يصدره قاضى التنفيذ بالمحكمة التى أودع أصل الحكم قلم كتابها بناء على طلب أى من ذوى الشأن ، وذلك بعد الاطلاع على الحكم ووثيقة التحكيم . وبعد التثبت من أنه لا يوجد ما يمنع من تنفيذه . ويختص القاضى المذكور بكل ما يتعلق بتنفيذ حكم المحكمين » .

٤ — حكم يثبت صلحا أو اتفاقا تم بين الخصوم

٤١٧ — الحكم الذى يثبت الصلح أو الاتفاق يجوز بموجبه أخذ حق اختصاص : رأينا[١] أن المادة ١٠٨٧ مدنى تنص على ما يأتى :

« يجوز الحصول على حق اختصاص بناء على حكم يثبت صلحاً أو اتفاقاً تم بين الخصوم . . . . . » .

٤١٨ — حكم يثبت صلحا تم بين الخصوم : والحكم الذى يثبت صلحاً تم بين الخصوم ، أى محاضر الصلح (jugements convenus ou d'expédient ou d'accord) ، اختلف الرأى فيه ، والرأى الراجح هو أن هذا الحكم يعطى الحق فى الحصول على حق اختصاص[٢] .

---

(١) انظر آنفا فقرة ٤٠٩ .

(١) جيوار فقرة ٩٠٠ — بودرى ودى لوان فقرة ١٢٣٩ — بلانيول وريبير وبيكيه فقرة ٥٧٤ — جرانمولان فقرة ٥٨٣ — محمد كامل مرسى فقرة ٢٤٧ — استئناف مختلط ١٨ —

وقد نص التقنين المدنى الجديد (م ١٠٨٧ مدنى) على جواز الحصول على حق اختصاص بموجب حكم يثبت صلحاً تم بين الخصوم ، كما رأينا ؛ وقالت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الخصوص : « أما الحكم الذى يثبت صلحاً فهو يتراوح بين الحكم والسند الرسمى ، ولذلك كان الحق فى أخذ اختصاص بمقتضاه محلا للنظر . فقطع المشروع الشك فى هذه ، وقرر جواز أخذ اختصاص بمقتضاه ، مجارياً فى ذلك القضاء المصرى »[1] .

٤١٩ — حكم يثبت اتفاقا تم بين الخصوم : والحكم الذى يثبت اتفاقاً تم بين الخصوم ، كالحكم الذى يثبت صلحاً ، يجوز الحصول على أمر اختصاص بموجبه . وقد نصت المادة ١٠٨٧ مدنى على أنه « يجوز الحصول على حق اختصاص بناء على حكم يثبت . . . اتفاقاً بين الخصوم » .

فالإعلام الشرعى الشامل لتعهد المدين بدفع مبلغ معين لدائنه ، هو عقد قضائى يعتبر حكماً حقيقياً نافذاً ، ويكفى للحصول على حق اختصاص[2] .

= يونيه سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٤٥١ — ٨ نوفبر سنة ١٩٢٧ م ٤٠ ص ١٧ .

وانظر أيضاً استئناف وطنى ٢١ ديسمبر سنة ١٩١٥ المجموعة الرسمية ١٧ رقم ٥٠ ص ٧٩ : يجوز للدائن أن يحصل على حق اختصاص بموجب محضر صلح تم بين طرفى الخصوم فى دعوى وصدقت عليه المحكمة . وانظر طنطا الابتدائية ٢٣ سبتمبر سنة ١٩١٧ الحقوق ٣٣ ص ٢١٢ : الأحكام الصادرة بالتصديق على صلح تشترك أيضا مع الأحكام ، لأن العلاقة التى تتقرر بمقتضاها بين الخصوم لا يمكن الطعن عليها إلا بنفس الأسباب التى يمكن الطعن بها على الأحكام بطريق الالتماس .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٦٣ — وقد قضى بأن الرأى الراجح فقها وقضاء أن الحكم الذى يقر الصلح بين طرفى الدعوى (jugemeut; d'expédient) تجوز الاستعانة به فى طلب توقيع حق الاختصاص ، باعتبارة حكما قضائيا (الإسكندرية الكلية ١٩ مارس سنة ١٩٤٤ المحاماة ٢٤ رقم ١٧٦ ص ٥١١) .

(٢) محمد كامل مرسى فقرة ٢٤٨ .

وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن اختصاص الدائن بعقارات مدينه يجوز طلبه بناء على كشف بالمصروفات محرر من المحكمة الشرعية بشكل تنفيذى عقب إعلام شرعى صادر منها ، وكل معارضة فى تقرير هذه المصروفات يكون النظر فيها من اختصاص القاضى الشرعى لا من اختصاص المحكمة المختلطة ، التى ليس لها سوى أن تبحث ما إذا كان طالب الاختصاص بيده حكم أم لا[1] .

وبوجه عام ، الحكم الذى يصدق على أى اتفاق يتم بين الخصوم ، كإثبات قسمة ودية اتفق عليها الشركاء ، يجوز بموجبه الحصول على حق اختصاص[2] .

٥ – الحكم الصادر بصحة التوقيع لا يؤخذ به حق اختصاص

٤٢٠ – النص القانونى والمذكرة الإيضاحية : رأينا[3] أن المادة ١٠٨٧ مدنى تنص على ما يأتى : « . . . ولكن لا يجوز الحصول على حق اختصاص بناء على حكم صادر بصحة التوقيع » .

وجاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى[4] : «ولا يجوز أخذ اختصاص بناء على حكم يثبت إقراراً بصحة التوقيع ، أو على حكم صادر فى دعوى تحقيق الخطوط الأصلية ، وإلا استطاع كل دائن أن

---

(١) استئناف مختلط ١٨ مايو سنة ١٦٠٤ م ١٦ ص ٢٥٧ .
وانظر محمد كامل مرسى فقرة ٢٤٨ – سليمان مرقس فقرة ٢٠١ ص ٣٠٨ – جرانمولان فقرة ٥٨٣ – استئناف مختلط ٢ يونيه سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٩١ .

(٢) شمس الدين الوكيل فقرة ١٤٠ ص ٤٠٨ .

(٣) آنفاً فقرة ٤٠٩ .

(٤) آنفاً فقرة ٤٠٩ .

يحصل على اختصاص قبل حلول الدين بأن يرفع دعوى أصلية بصحة التوقيع أو الختم » .

٤٢١ — الحالة فى عهد التقنين المدنى القديم : وقد اختلف ، فى عهد التقنين المدنى القديم ، فيما إذا كانت الأحكام الصادرة بصحة التوقيع أو الختم ، سواء كانت صادرة بناء إقرار من الخصم أو بعد اتخاذ إجراءات لتحقيق فى الدعوى الأصلية لتحقيق الخطوط ، يجوز الحصول بموجبها على حق اختصاص .

وقد قضى القانون الفرنسى (م ٢١٢٣ مدنى فرنسى) بترتيب الرهن القضائى على هذه الأحكام ، وكانت المادة ٦٨٢ مدنى مختلط تنص على مثل ذلك فيما يتعلق بالرهن القضائى قبل إلغائه . ولكن الرأى الذى رجح ، فى عهد التقنين المدنى القديم ، أنه لا يجوز الحصول على حق اختصاص بموجب هذه الأحكام ، لأنه لم يأت نص خاص بذلك ، ولأن هذه الأحكام لا تلزم أحد الخصوم بشىء معين ، ولا بد من استصدار حكم آخر بالدين[1] .

٤٢٢ — الحالة فى عهد التقنين المدنى الجديد : وقد أخذ التقنين المدنى الجديد بهذا الرأى الراجح ، كما رأينا ، فى المادة ١٠٨٧ مدنى.

فلا يجوز الحصول على حق اختصاص بناء على حكم صادر بصحة التوقيع ، سواء باعتراف الخصم أو عقب إجراء التحقيقات فى دعوى أصلية لتحقيق الخطوط .

---

(١) استئناف وطنى ٢٧ ديسمبر سنة ١٨٩٨ الحقوق ١٤ رقم ٦ ص ١٨ – ٢ مايو سنة ١٨٩٩ المجموعة الرسمية ٢ رقم ٥ ص ١٥ – دى هلتس فقرة ٨ – جرانمولان فقرة ٥٨١ – عبد السلام ذهنى فقرة ٢٠٣ – عبد الحميد أبو هيف فى طرق التنفيذ فقرة ١٢٩٨ محمد كامل مرسى فقرة ٢٤٦ – سليمان مرقس فقرة ٢٠٣ ص ٣١٤ – ص ٣١٥ .

ولو أمكن الحصول على حق اختصاص بموجب هذا الحكم ، لأمكن ، كما تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فيما مر ، لكل دائن عادى لحصول على حق اختصاص قبل حلول الدين ، بأن يرفع دعوى أصلية بصحة التوقيع أو الختم[١] .

§ ٦ – لا بد أن يكون الحكم واجب التنفيذ حتى يؤخذ به حق اختصاص

٤٢٣ — تاريخ المسألة : كان التقنين المدنى السابق لا يشترط فى أخذ حق الاختصاص إلا بعد صدور حكم ، ولو كان الحكم ابتدائياً ، بل لو كان غيابياً . وكان الاختصاص يزول إذا ألغت المحكمة الاستئنافية الحكم الابتدائى[٢] . أو إذا ألغى الحكم الغيابى فى المعارضة أو سقط بمضى ستة أشهر من تاريخ صدوره دون أن ينفذ[٣] .

وتقدم مشروع التقنين المدنى الجديد ، محافظاً على هذا المبدأ ، لأن الاختصاص إجراء تحفظى يفيد الدائن ، ولا يضر المدين ما دام مصيره يتبع مصير الحكم .

ولكن لجنة مجلس الشيوخ رأت ، بعد عدة جلسات وبعد أن تم الاعتراض على حق الاختصاص ذاته وأريد إلغاؤه ، أن تشترط فى الحكم أن يكون واجب التنفيذ ، وقالت فى تبرير ذلك : « إن الغرض منه ألا يكون هناك مجال لتفاضل الدائنين فيما بينهم بمجرد المبادرة إلى رفع الدعوى ، بل

---

(١) بيدان وفواران فقرة ٧٦٣ – محمد كامل مرسى فقرة ٢٤٦ – عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٢٩٠ – شفيق شحاتة ٣ فقرة ١٧٨ – سليمان مرقس فقرة ٢٠٣ ص ٣١٤ – ص ٣١٥ .

(٢) استئناف مختلط ١٨ مايو سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٢٨٨ – ٢٠ مارس سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ٩٥ .

(٣) استئناف مختلط ٢٨ مايو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٤٠٠ .

تكون الأفضلية للدائن الذى يملك التنفيذ ، ويكون حق الاختصاص بمثابة ضمان للدائن فى استيفاء دينه ، وأداة تيسير بالنسبة إلى المدين لأن من يحصل على حق اختصاص قد يرتضى إرجاء التنفيذ ما دام قد أمن بالاختصاص على حقه »[1] .

٤٢٤ — التقنين الحالى — يجب أن يكون الحكم واجب التنفيذ : وعلى ذلك يجب ، فى التقنين الحالى ، أن يكون الحكم ، للحصول على حق اختصاص بموجبه ، واجب التنفيذ .

ويكون ذلك فى حالتين :

(الحالة الأولى) إذا كان الحكم انتهائياً ، بأن استنفدت فيه مواعيد الطعن العادية ، أو كان غير قابل للطعن بطريق عادى . فيجوز الحصول على حق اختصاص بموجب حكم استؤنف فأصبح نهائياً ، أو سقط حق الطعن فيه بالاستئناف . ولا يمنع الحصول على حق اختصاص جواز الطعن فى الحكم بالنقض أو بالتماس إعادة النظر ، ولكن يزول حق الاختصاص إذا طعن فى الحكم بأحد هذين الطريقين وقضى بقبول الطعن . ويمتنع الحصول على حق اختصاص بموجب حكم ، قضت فيه محكمة النقض بوقف التنفيذ[2] .

(الحالة الثانية) إذا كان الحكم ليس انتهائياً ، ولكنه مشمول بالنفاذ المعجل . على أنه إذا ألغى هذ الحكم ، سقط حق الاختصاص .

٤٢٥ — تضارب آراء الفقهاء فى هذا التجديد : وقد تضاربت آراء الفقهاء المصريين فى التجديد الذى يقضى بوجوب أن يكون الحكم واجب التنفيذ حتى يمكن الحصول بموجبه على حق اختصاص ، وننقل هنا بعضاً من هذه الآراء :

---

(١) انظر أيضاً فقرة ٤٠٩ فى الهامش فى تاريخ نص المادة ١٠٨٥ .

(٢) انظر عكس ذلك سليمان مرقس فقرة ٢٠٢ ص ٣١١ هامش ١ .

قال الأستاذ سليمان مرقس[1] : « وفى رأيى أن هذا التعديل قضى على أهم مزية لحق الاختصاص ، ذلك أنه بعد أن نظم التقنين الجديد حماية دائنى الشخص الذى شهر إعساره بأن جعل تصرفات هذا الشخص فى أمواله .... غير نافذة فى حق دائنيه السابقين على شهر الإعسار ، اقتصرت فائدة الاختصاص على الحالة التى لا يكون فيها المدين معسراً . وفى هذه الحالة لا تكون لمزية التقدم التى تترتب على حق الاختصاص فائدة تذكر . . . فإذا اشترط لأخذ الاختصاص والانتفاع بمزية التتبع أن يكون الحكم الذى الذى حصل عليه الدائن واجب التنفيذ ، لم تعد للاختصاص أية مزية عملية ، لأن الدائن الذى يملك التنفيذ يستطيع أن يستغنى عن حق الاختصاص بالتنبيه على المدين بالوفاء وبتسجيل هذا التنبيه ، فيمنع نفاذ تصرفات المدين فى حقه . . . . وإنما كان الدائن يستطيع أن يجد فى حق الاختصاص فائدة لا يغنيه عنها شىء آخر ، لو أنه أجيز له أخذ الاختصاص بمجرد حصوله على الحكم ، وقبل أن يصبح الحكم واجب التنفيذ » .

وقال الأستاذ شمس الدين الوكيل[2] : « اتجه جانب من الفقه إلى أن هذا الشرط الذى أضيف . . . قد أفقد الاختصاص مزاياه . . . ويبدو لنا أن إضافة هذا الشرط . . . تستجيب إلى الاتجاه السائد فى الفقه المعاصر بوجوب الحد من نظم التأمينات القضائية فى أضيق نطاق . ونظام الاختصاص فى ذاته تعرض فى آخر مراحل إعداد مشروع القانون المدنى لنقد كاد يفضى إلى حذفه . والواقع أن تقرير الأفضلية للدائن لمجرد السبق فى الحصول على حكم ، لا ينهض وحده سنداً معقولا للإخلال بقاعدة المساواة بين الدائنين . وعلى هذا النحو نعتقد أن إضافة هذا الشرط قصد به بصفة خاصة الحد من أهمية الاختصاص ، فلا يحصل عليه إلا الدائن المزود بحكم واجب النفاذ ،

---

(١) سليمان مرقس فقرة ٢٠٢ ص ٣٠٩ — ص ٣١٠ .

(٢) شمس الدين الوكيل فقرة ١٤١ ص ٤١٠ — ص ٤١١ .

وهو إن نفع بهذا الضمان ربما كان فى ذلك إغراء له على التراخى فى التنفيذ على المدين » .

وقال الأستاذ منصور مصطفى منصور[1] . « ونرى مع البعض أن اللجنة قد وفقت فى وضع هذا الشرط ، فالواقع أن حق الاختصاص إذا نظر إليه كأداة لتأمين الدائن دون نظر إلى مصلحة المدين لا يكون له محل ، فليس هناك ما يدعو إلى تفضيل دائن عادى على غيره لمجرد أنه استصدر حكماً بالدين . ويبدو لنا أن الإبقاء على حق الاختصاص لا محل له إلا إذا كان المقصود من وراء ذلك حماية المدين عن طريق تأجيل التنفيذ حتى يتيسر له الوفاء ، ويكون منح الدائن الحق فى أخذ الاختصاص وسيلة قد تشجعه على إرجاء التنفيذ » .

وقال الأستاذ سمير تناغو[2] : « إن الاختصاص لم يكن الغرض منه تحقيق فائدة محضة للدائن الذى يحصل على حكم . . . ولكن الغرض الأساسى منه هو تحقيق مصلحة المدين المحكوم عليه ، بتأخير التنفيذ على ماله ، وذلك بما يرضى الدائن أيضاً عن طريق إعطائه تأميناً خاصاً . فلا الاختصاص مصلحة محضة للدائن ، ولا هو عديم الفائدة . ولكنه ائتمان جديد للمدين فى مرحلة حرجة تسبق التنفيذ مباشرة ، وتأمين خاص للدائن يضمن له التنفيذ مستقبلا » .

§ ٧ – يجب أن يكون الحكم صادراً فى موضوع الدعوى

٤٢٦ – لا يؤخذ اختصاص بحكم صادر قبل الفصل فى الموضوع :

ولا يجوز أخذ حق اختصاص بحكم صادر قبل الفصل فى الموضوع ، وذلك كالأحكام التحضيرية ، والأحكام التمهيدية الصادرة بالإحالة على التحقيق

---

(١) منصور مصطفى منصور فقرة ٨٤ ص ١٧٦ .

(٢) سمير تناغو فقرة ٧١ ص ٢٢١ .

أو بندب خبير أو بإجراء معاينة ، والأحكام الوقتية ، لأن كل هذه الأحكام لا تكون صادرة فى موضوع الدعوى .

ويستثنى من ذلك الأحكام الوقتية إذا تضمنت إلزام المدين بدفع مبلغ معين ، أو بالقيام بعمل ، أو فرض نفقة مؤقتة . فإنه يجوز أخذ حق اختصاص بموجب هذه الأحكام[1] .

٤٢٧ — لا يؤخذ الاختصاص إلا بناء على حكم قطعى صادر فى الموضوع الدعوى : فلا بد أن يكون الحكم حكماً قطعياً صادراً فى موضوع الدعوى .

ذلك لأن الأحكام القطعية وحدها هى التى تبت فى موضوع الدعوى ، وهى وحدها الصالحة للحصول على حق اختصاص بموجبها . إلا إذا كان هناك حكم وقتى تضمن فرض نفقة أو القيام بعمل كما مر فيما سبق .

§ ٨ – يجب أن يكون الحكم ملزماً المدين بشىء معين

٤٢٨ — أحكام قطعية لا يجوز أخذ اختصاص بموجبها : وهناك أحكام قطعية لا يجوز أخذ اختصاص بموجبها ، لأنها لا تلزم المدين بشىء معين .

مثل ذلك الأحكام الصادرة فى الاختصاص : اختصاص المحكمة أو عدم اختصاصها .

ومثل ذلك أيضاً الأحكام الصادرة برفض الدعوى ، لأنها لاتلزم بشىء معين ، والأحكام الصادرة برفض طلب أو دفع فرعى ، وكذلك الأحكام الصادرة فى دعوى عينية بإثبات ملكية المدعى للعقار محل النزاع[2] .

---

(١) بيدان وڤواران فقرة ٧٥١ – شفيق شحاتة ٣ ص ١٥٩ هامش ١ – عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٢٨٨ – سليمان مرقس فقرة ٢٠٣ ص ٣١٢ – استئناف مختلط ٢٤ أبريل سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٤٤٩ .

(٢) شفيق شحاتة ٣ فقرة ١٧٧ .

كل هذا ما لم تلزم هذه الأحكام من رفض طلبه بالمصروفات ، فيجوز أخذ اختصاص بها تأميناً للمصروفات ، إذ هى أحكام تلزم المدين بشىء معين[1] .

٤٢٩ — الأحكام القطعية الملزمة للمدين بشىء معين يجوز أخذ اختصاص بموجبها : والصورة المألوفة لذلك أن يكون صادراً بإلزام المدين بدفع مبلغ من النقود .

ولا يوجد ما يمنع من أخذ اختصاص بموجب حكم يلزم المدين بعمل أو بالامتناع عن عمل ، وفى هذه الحالة يقدر القاضى مؤقتاً المبلغ الذى يؤخذ به الاختصاص إذا كان هذا المبلغ غير محدد المقدار فى الحكم . وقد جاء فى المادة ١٠٨٩ مدنى أنه « إذا كان الدين المذكور فى الحكم غير محدد المقدار ، تولى رئيس المحكمة تحديده مؤقتاً ، وعين المبلغ الذى يؤخذ به حق الاختصاص » .

٤٣٠ — الحكم بإلزام شخص بتقديم حساب : كان المشروع التمهيدى يتضمن فقرة ثانية للمادة ١٠٨٧ مدنى ، وكانت تجرى على الوجه الآتى : « حق الاختصاص المأخوذ بناء على حكم ملزم بتقديم حساب يضمن التعويض المستحق بسبب عدم التنفيذ هذا الحكم ، ولا يضمن ما عسى أن يظهر فى ذمة المدين من رصيد لهذا الحساب » . وفى لجنة مجلس الشيوخ حذفت هذه الفقرة الثانية ، وترك أمر ما يضمنه حق الاختصاص للقضاء ، يفصل فيه وفقاً لظروف كل حالة بخصوصها »[2] .

وقد ذهب بعض الفقهاء إلى أن الحكم بإلزام شخص بتقديم حساب ،

---

(١) انظر ذلك سليمان مرقس فقرة ٢٠٣ ص ٣١٢ .

(٢) انظر فقرة ٤٠٩ فى الهامش فى تاريخ المادة ١٠٨٧ مدنى .

إذا أخذ به حق اختصاص ، فإن حق الاختصاص يضمن ما عسى أن يظهر فى ذمة المدين من رصيد لهذا الحساب[1] .

وذهب فقهاء آخرون إلى أن الاختصاص لا يضمن ذلك ، وإنما يضمن التعويض بسبب عدم تنفيذ الحكم (عدم تقديم الحساب)[2] ، وهذا هو الرأى الراجح ، وبه أخذ التقنين المدنى الجديد فى الفقرة الثانية من المادة ١٠٨٧ مدنى قبل حذفها كما مر .

والصحيح أن الاختصاص لا يضمن إلا محل الالتزام ذاته ، أو التعويض عن عدم الوفاء بالالتزام[3] .

§ ٩ – لا اختصاص بعد وفاة المدين

٤٣١ – النص على ذلك فى التقنين المدنى الجديد : رأينا[4] أن الفقرة الثانية من المادة ١٠٨٥ مدنى تنص على ما يأتى :

« لا يجوز للدائن ، بعد موت المدين ، أخذ اختصاص على عقار فى التركة » .

فالدائن إذن ممنوع ، بموجب هذا النص ، من أن يأخذ حق اختصاص بعد موت مدينه على عقار فى تركته . والتركة يحكمها مبدأ « لا تركة إلا بعد سداد الدين » ، وقد نظم هذا المبدأ كل من قانون الشهر العقارى والتقنين المدنى الجديد .

---

(١) بيدان وفواران فقرة ٧٥٢ – كولان وكابيتان ٢ فقرة ١١٤٨ – جرانمولان فقرة ٥٧٩ .

(٢) بلانيول وريبير وبولانچيه ٢ فقرة ٤١٧٨ – بلانيول وريبير وبيكيه فقرة ٥٨١ – محمد كامل مرسى فقرة ٢٤٥ – شفيق شحاتة ٣ فقرة ١٧٩ – عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٣٨٩ – سليمان مرقس فقرة ٢٠٣ ص ٣١٤ .

(٣) شفيق شحاتة ٣ فقرة ١٧٩ – سليمان مرقس فقرة ٢٠٣ ص ٣١٤ .

(٤) آنفاً فقرة ٤٠٩ .

٤٣٢ — قانون الشهر العقارى : من المتفق عليه أنه بعد موت المدين يتساوى جميع الدائنين العاديين ، وتكون تركة مدينهم الميت ضماناً للوفاء بحقوقهم جميعاً بالتساوى فيما بينهم .

وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن الفقه الإسلامى اعتبر الموت عارضاً تخرب به الذمة ويبطل الولاية فى المال ، ولهذا نقل حقوق الغرماء الثابتة فى ذمة المتوفى إلى تركته ، واستبقاها على حكم ملكه ، لتتم التصفية بدفع الديون وتنفيذ الوصايا وقسمة ما يبقى بين الورثة . وهذا النظر ينتهى بوجوب استبقاء حالة الغرماء على ما كانت عليه منذ الوفاة ، فمن لم يكن وقتئذ صاحب دين ممتاز بقى غريماً يقاسم غيره قسمة غرماء[1] .

وذهبت محكمة الاستئناف المختلطة إلى أن أموال الميت تؤول إلى جميع دائنيه ، فيصبح لهؤلاء حق مباشرة على هذه الأموال . ولا يجوز لأى منهم أن يحصل بعد وفاة المدين على أى حق فى التقدم على الآخر بأى سبب كان ، فإذا أخذ أحدهم اختصاصاً على بعض عقارات المتوفى كان هذا الاختصاص غير نافذ فى حق الآخرين[2] .

ونظم قانون الشهر العقارى طريقة لشهر حقوق دائنى المورث ، إذا اشترط شهر حق الإرث لإمكان شهر التصرفات التى تصدر من الوارث ، وأجاز لدائنى المورث التأشير بحقوقهم فى هامش شهر حق الإرث ، ورتب على هذا التأشير عدم نفاذ تصرفات الوارث فى أموال التركة قبل دائنى المورث الذين أشروا بديونهم فى هامش شهر حق الإرث فى خلال سنة من

---

(١) استئناف مصر ٢١ يناير سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية ٣١ رقم ٨٣ ص ٢٢٠ .

(٢) استئناف مختلط ٢٧ مارس سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٢٥٣ — ٢٤ أبريل سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٣١ — ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ ص ٣١ — ١٤ مايو سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٦٩ — ٧ يونيه سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٣٥٣ — وانظر سليمان مرقس فقرة ٢٠٥ ص ٣١٦ — ص ٣١٧ .

إجراء هذا الشهر أو بعد السنة وقبل شهر التصرف :

٤٣٣ – التقنين المدني الجديد : ووضع التقنين المدني الجديد نظاماً اختياريا لتصفية التركات ، ثم نصت المادة ٩١٤ مدني على أنه « إذا لم تكن التركة قد صفيت وفقاً لأحكام النصوص السابقة ، جاز لدائني التركة العاديين أن ينفذوا بحقوقهم أو بما أوصى به لهم على عقارات التركة التي حصل التصرف فيها ، أو التي رتبت عليها حقوق عينية لصالح الغير ، إذا أشروا بديونهم وفقاً لأحكام القانون » .

وقد منع التقنين المدني الجديد دائن المتوفى من أخذ اختصاص على مال مدينه الميت ، لأنه فيما يتعلق بالتقدم قصد المشرع عدم تمييز أحد من الدائنين على غيره بسبب لاحق لوفاة المدين ، وفيما يتعلق بالتتبع فإن هذا الخطر من جانب المدين ذاته قد انعدم بوفاته ، ومن جانب وارثه قد ارتفع بمنع لوارث من التصرف قبل تسلمه شهادة التوريث وهي لا تسلم إلا بعد وفاة جميع الديون ، وبنص قانون الشهر العقاري الذي يمنع شهر أي تصرف من الوارث قبل شهر حق الإرث .

٤٣٤ – شهر الاختصاص المكسوب قبل وفاة المدين : ويجوز شهر حق الاختصاص الذي كسبه الدائن قبل وفاة مدينه ، حتى لو كان الشهر يحصل بعد وفاة المدين[1] . وذلك لأن الغرض هو منع إنشاء سبب جديد للتقدم بعد وفاة المدين ، أما هنا فقد صدر الأمر بالاختصاص قبل وفاة المدين : وليس القيد إلا طريقة لشهره وجعله نافذاً في حق الغير[2] .

---

(١) انظر في هذا المعنى عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٣٩٢ – شمس الدين الوكيل فقرة ١٢٤ – سليمان مرقس فقرة ٢٠٥ ص ٣١٩ .

(٢) انظر سليمان مرقس فقرة ٢٠٥ ص ٣١٩ .

§ ١ – حالة شهر إعسار المدين

٤٣٥ – الدائنون الذين يكون لهم حقوق سابقة على تسجيل صحيفة دعوى الإعسار: نصت الفقرة الثانية من المادة ٢٥٦ مدنى على ما يأتى :

« على أنه لا يجوز أن يحتج على الدائنين الذين يكون لهم حقوق سابقة على تسجيل صحيفة دعوى الإعسار بأى اختصاص يقع على عقارات المدين بعد هذا التسجيل » .

فكل دائن حقه سابق على تسجيل صحيفة دعوى الإعسار يجب أن يحمى ، ولا تجوز التفرقة بين هؤلاء الدائنين . ومن ثم فلا يجوز الاحتجاج على هؤلاء الدائنين بأى حق اختصاص يقع على عقارات المدين بعد تسجيل صحيفة دعوى الإعسار .

ومن ثم يكون ممنوعاً ، بالنسبة إلى هؤلاء الدائنين ، أخذ حق اختصاص بعد تسجيل صحيفة دعوى الإعسار .

يبقى بعد ذلك وجوب حماية هؤلاء الدائنين من حق التتبع ، وهذا مكفول لهم بموجب المادة ٢٥٧ مدنى ، وقد نصت على ما يأتى :

« متى سجلت صحيفة دعوى الإعسار ، فلا يسرى فى حق الدائنين أى تصرف للمدين يكون من شأنه أن ينقص من حقوقه أو يزيد فى التزاماته ، كما لا يسرى فى حقهم أى وفاء يقوم به المدين » .

وعلى ذلك إذا منع أخذ حق اختصاص بعد تسجيل صحيفة دعوى الإعسار ، ومنع كذلك بعد هذا التسجيل التصرف فى مال المدين المعسر ، لم يعد ينقص الدائنين الذين يكون لهم حقوق سابقة على صحيفة الإعسار شىء من الحماية .

٤٣٦ – أخذ اختصاص على عقار المدين المعسر بعد تسجيل صحيفة دعوى الإعسار: وهناك فرق بين حالة المدين الذى شهر إعساره والمدين المتوفى .

فالمدين المتوفى قد انقضت شخصيته ، وتحدد نهائياً وقت وفاته مركز دائنيه وتحددت أمواله ، فلن تستجد له ديون ولا أموال .

أما المدين الذى شهر إعساره فإنه يحتفظ بشخصيته ، ويمكن أن يوضع حد لإعساره ، فيعود له حق التصرف فى أمواله ، وحق الالتزام بديون جديدة .

فيكون لدائنيه الذين لم يستوفوا حقوقهم قبل انتهاء حالة الإعسار مصلحة فى الاستناد إلى حقوق اختصاص حصلوا عليها ولو بعد تسجيل صحيفة دعوى الإعسار .

ويستطيعون أن يتقدموا ، بموجب حقوق الاختصاص هذه ، على الدائنين التاليين ، وأن يتتبعوا عقارات المدين فى أية يد كانت .

ولذلك لم يمنع المشرع أخذ الاختصاصات على عقار المدين المعسر بعد تسجيل صحيفة دعوى الإعسار ، ولا قيد الاختصاصات التى سبق صدور الأمر بها قبل ذلك ، اكتفاء بتقرير عدم نفاذ هذه الاختصاصات فى حق الدائنين السابقين حقوقهم على هذا التسجيل[1] .

المبحث الثانى

الأموال التى يؤخذ عليها حق الاختصاص

٤٣٧ — نص قانونى : تنص المادة ١٠٨٨ مدنى على ما يأتى :

« لا يجوز أخذ حق اختصاص إلا على عقار أو عقارات معينة ، مملوكة وقت قيد هذا الحق ، وجائز بيعها بالمزاد العلنى »[2] .

---

(١) شفيق شحاتة ٣ فقرة ١٨٢ — عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٤٠٥ — سليمان مرقس فقرة ٢٠٦ ص ٣٢١ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٥١٤ من المشروع التمهيدى ، على الوجه =

وجاء فى المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى ما يأتى :

« يؤخذ حق الاختصاص على عقار مملوك للمدين وقت قيد هذا الحق ، بشرط أن يكون هذا العقار مما يجوز التعامل فيه . على أنه يجوز أخذ اختصاص على خمسة أفدنة ، وتظهر فائدته فى حالتين : إذا انتقلت ملكية الأرض من المدين إلى حائز فيتتبعها الدائن ، وإذا زاد مال المدين على خمسة أفدنة فيجوز عندئذ التنفيذ على الأرض »[1] .

ويتبين من هذا النص أن هناك شروطاً ثلاثة ، يجب توافرها فى الأموال التى يؤخذ عليها حق الاختصاص :

١ ــ أن تكون هذه الأموال عقاراً أو عقارات معينة ، معينة تعييناً دقيقاً بحيث يمكن التصرف عليها .

٢ ــ أن يكون هذا العقار أو العقارات مملوكة للمدين ، وقت الحصول على حق الاختصاص ووقت قيد هذا الحق .

٣ ــ أن يكون هذا العقار أو العقارات مما يجوز التعامل فيها ، أى أن يكون جائزاً بيعها بالمزاد العلنى .

وهذه الشروط الثلاثة واضحة من نص المادة ١٠٨٨ مدنى سالفة الذكر .

ـ الآتى : « ١ ـ لا يجوز أخذ حق الاختصاص إلا على عقار أو عقارات معينة مملوكة للمدين وقت قيد هذا الحق ، وجائز التعامل فيها وبيعها بالمزاد العلنى . ٢ ـ ومع ذلك يجوز الحصول على حق اختصاص على أرض المدين ، حتى لو لم تزد على خمسة أفدنة ، على أن يراعى فى التنفيذ الشروط المقررة فى القانون » . وفى لجنة المراجعة حذفت عبارة « جائز التعامل فيها » ، اكتفاء بكون هذه العقارات جائزا بيعها بالمزاد العلنى ، وأصبح رقم المادة ١١٩١ فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على النص ، تحت رقم ١١٧٧ . وفى لجنة مجلس الشيوخ ، حذفت الفقرة الثانية لأن ملكية المدين لخمسة أفدنة فأقل لا تمنع من رهنها ، فحق الاختصاص يأخذ هذا الحكم دون حاجة إلى نص ، وأصبح رقم المادة ١٠٨٨ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٦٥ ـ ص ١٦٦) .

التقنين المدنى السابق : لا مقابل .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٩٦ .

فنعالجها هنا فى إيجاز . ويلاحظ أن الشرط الأول منها قد أخضع حق الاختصاص لمبدأ التخصيص الذى يخضع له الرهن الرسمى ، إذا أوجب أن يكون العقار أو العقارات معينة تعييناً دقيقاً[1] .

§ ١ – المال عقار معين تعييناً دقيقاً

٤٣٨ – يجب أن يكون المال عقاراً : فلا يؤخذ حق الاختصاص إلا على عقار ، فيكون حق الاختصاص كحق الرهن الرسمى ، إذ يكون محله دائماً عقاراً أو عقارات .

وقد وصل الأمر إلى حد أن قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه لايجوز قانوناً منح الدائن حق الاختصاص على نخيل مملوك لمدينه ، إذا كان هذا الأخير لا يملك الأرض القائم عليها النخيل[2] .

والنخيل ، المملوك لشخص لا يملك الأرض الذى أقيم عليها النخيل ، يعتبر عقاراً ، شأنه فى ذلك شأن الأبنية المقامة على أرض لا يملكها صاحب الأبنية ، فكان يجب الحصول على اختصاص بهذا النخيل من حيث كونه عقاراً .

٤٣٩ – اختلاف حق الاختصاص عن حق الرهن القضائى : يختلف حق الاختصاص عن حق الرهن القضائى .

فالرهن القضائى يرد ، دون حاجة إلى أمر القاضى ، على جميع عقارات المحكوم عليه ، الحالة والمستقبلة . فلا يشترط إذن أن يكون العقار معيناً تعييناً دقيقاً ، فكل عقار مملوك للمحكوم عليه ، ولو كان عقاراً مستقبلا ، يقع عليه الرهن القضائى .

---

(١) شمس الدين الوكيل فقرة ١٤٣ ص ٤١٦ .

(٢) استئناف وطنى ٢١ مارس سنة ١٩٢١ المجموعة الرسمية ٢٤ رقم ٥ ص ٧ .

أما حق الاختصاص فلا يقع على عقار مستقبل ، وكذلك لا يقع على عقار حال إلا إذا كان معيناً تعييناً دقيقاً .

٤٤٠ – العقار معين تعيينا دقيقا : فيجب إذن أن يكون العقار الذى يؤخذ عليه حق الاختصاص معيناً تعييناً دقيقاً .

وهذا هو مبدأ التخصيص الذى رأيناه فى الرهن الرسمى . وقد قدمنا فى هذا الرهن الرسمى وجوب أن يكون محله عقاراً معيناً تعييناً دقيقاً ، وأن يذكر هذا التعيين فى عقد الرهن الرسمى وفى قائمة القيد . فهنا أيضاً يجب أن يكون العقار معيناً تعييناً دقيقاً ، وأن تذكر البيانات المعينة له فى عريضة طلب الاختصاص وفى قائمة قيد حق الاختصاص (م ١٠٩٥ مدنى) .

وتعيين العقار الذى يؤخذ عليه حق الاختصاص يكون عادة ببيان نوعه (منزلا أو أرضاً مثلا) ، وموقعه (المدينة والشارع أو الحارة ورقم المنزل أو ما يعين موقعه تعييناً دقيقاً فى حالة المنزل ، والحوض ورقمه أو موقع الأرض فيه إذا كان أرضاً) ، وحدود المنزل أو الأرض ، ومساحة المنزل أو الأرض ، وما يتكون منه المنزل من طوابق ، وغير ذلك من البيانات المفيدة فى التعرف على العقار .

وإذا كان هذا التعيين مشترطاً فى الرهن الرسمى حماية للراهن وللغير ، فهو كذلك أيضاً فى حق الاختصاص . فالتعيين فى حق الاختصاص يسمح للقاضى بألا يمنح حق اختصاص بعقارات المدين إلا بالقدر اللازم لتأمين حقوق الدائن ، كما أن تعيين العقار الوارد عليه حق الاختصاص فى قائمة القيد يسمح للغير أن يتبين حقيقة مركز المدين ومركز العقار المحمل بحق الاختصاص[١] .

ويترتب على نقص هذه البيانات أو الخطأ فيها بطلان الاختصاص

---

(١) سليمان مرقس فقرة ٢٠٨ .

هو وقيده ، إذا أدى النقص أو الخطأ إلى إيقاع الغير فى الغلط[١].

وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه يخلص من مقارنة نص المادة ٥/٧٦٩ مرافعات مختلط بنص المادة ٥/٦٩٠ مدنى مختلط أن المشرع قصد أن يتشدد فى البيانات التى تعين العقار الذى يؤخذ عليه حق الاختصاص أكثر من تشدده فى ذلك بالنسبة إلى العقار محل الرهن الرسمى[٢].

وقضت أيضاً بأن تعيين المنزل المأخوذ عليه حق الاختصزص بالحى الموجود فيه دون ذكر الشارع يعتبر تعييناً كافياً ، فلا يجوز لدائن مرتهن لاحق أن يطلب إبطال هذا الاختصاص استناداً إلى وجود نقص فى تعيين محله[٣].

§ ٢ – العقار مملوك للمدين وقت الحصول على الاختصاص ووقت القيد

٤٤١ – النص يصرح بوجوب ملكية المدين للعقار وقت القيد : رأينا[٤] أن المادة ١٠٨٨ مدنى تصرح بأن العقار أو العقارات المعينة يجب أن تكون « مملوكة للمدين وقت قيد هذا الحق . . . » .

فالعقار يجب إذن أن يكون مملوكاً للمدين وقت قيد حق الاختصاص ، فإذا لم يكن مملوكاً للمدين وقت القيد ، كان الاختصاص باطلا .

فإذا فرض أن العقار كان مملوكاً للمدين وقت الحصول على أمر

---

(١) سليمان مرقس فقرة ٢٠٨ – استئناف مختلط ٢٣ مايو سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٤١٨ – ٤ ديسمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ٦٥ – أول ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٣٧ – ١١ يونيه سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٩٩ .

(٢) استئناف مختلط ١٣ نوفبر سنة ١٩٠١ م ١٤ ص ١١ .

(٣) استئناف مختلط ٧ ديسمبر سنة ١٩١٥ م ٢٨ ص ٤٤ .

(٤) آنفاً فقرة ٤٣٧ .

بالاختصاص كما سنرى ، ثم تجرد المدين من ملكيته قبل قيد حق الاختصاص فلما جاء الدائن يقيد حق الاختصاص كان العقار غير مملوك للمدين ، فإنه لا يستطيع قيد الاختصاص على عقار غير مملوك للمدين .

٤٤٢ — ويجب أن يكون العقار مملوكاً للمدين أيضاً وقت الحصول على الاختصاص : ويجب ، فوق ذلك ، أن يكون العقار مملوكاً للمدين وقت الحصول على أمر بالاختصاص .

وقد صرح المشرع بوجوب ملكية المدين للعقار وقت القيد ، لأن القيد والحصول على الاختصاص كانا يتمان فى التقنين المدنى القديم فى يوم واحد . فكان هذا التقنين يوجب على كاتب المحكمة التى يصدر رئيسها الأمر بالاختصاص أن يقوم من تلقاء نفسه بقيد الاختصاص دون تأخير وفى ذات يوم صدوره (م ٥٩٦/٧٢٢) . فكان من غير المحتمل أن يكون العقار مملوكاً للمدين وقت قيد الاختصاص وغير مملوك له وقت صدور الأمر بالاختصاص . فألف الفقهاء أن يشترطوا ملكية المدين للعقار وقت قيد الاختصاص ، قاصدين بذلك أن تكون ملكية المدين للعقار وقت الحصول على الاختصاص ووقت قيد الاختصاص[1] .

فأخذ التقنين المدنى الجديد بما جرى عليه الفقهاء فى ظل التقنين المدنى القديم ، فاشترط فى المادة ١٠٨٨ مدنى أن يكون العقار مملوكاً للمدين وقت قيد الاختصاص ، قاصداً بذلك أن يكون مملوكاً أيضاً للمدين وقت الحصول على أمر الاختصاص .

ولما كانت المادة ٢٠ من قانون الشهر العقارى تنص على أن « تتم إجراءات الشهر فى جميع الأحوال بناء على طلب ذوى الشأن أو من يقوم

---

(١) عبد السلام ذهنى فقرة ٢٠٧ — محمد كامل مرسى فى التأمينات الشخصية والعينية ١٩٣٨ فقرة ٤٧٩ .

مقامهم » ، فقد أصبح الآن من المحتمل أن يؤخذ الأمر بالاختصاص فى يوم ويبطئ الدائن فى قيده أياماً أو أسابيع . ولذلك جاز أن يكون المدين مالكاً للعقار وقت الحصول على أمر الاختصاص ، ثم يتجرد عن ملكيته بعد ذلك وقبل القيد . فكان الأولى اشتراط ملكية المدين للعقار وقت الحصول على أمر الاختصاص ، ووقت قيد الاختصاص .

وقد تعددت الأحكام القضائية فى الماضى تشترط ملكية المدين للعقار وقت الحصول على أمر الاختصاص . وبأنه إذا أخذ اختصاص على عقار غير مملوك للمدين فإنه يكون باطلا ولا ينتج أى أثر ولو صار المدين مالكاً بعد ذلك . فقضت محكمة النقض فى قضية كان يسرى عليها التقنين القديم بأن مناط صحة حق الاختصاص أن يكون العقار مملوكاً للمدين وقت صدوره ، ولا يغير من هذا النظر أن تكون ملكية العقار قد آلت إلى المدين وقت تجديد القيد[1] . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن على الدائن طالب الاختصاص أن يتحقق من ملكية المدين ، وبأن من واجباته الأولية أن يدقق فى فحص سندات الملكية المسجلة . لأن تقديمه العريضة التى يطلب بها الاختصاص

---

(١) نقض مدنى ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٤٥ ص ٣٦٤ – ١٠ فبراير سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٨٣ ص ٦٢٩ – وقد قضت محكمة النقض بأن مناط صحة حق الاختصاص أن يكون العقار مملوكا للمدين وقت صدوره ، فلا يجوز أن يكون محله ما قد يؤول إلى المدين مستقبلا . ولا يغير من هذا النظر أن تكون ملكية العقار قد آلت إلى المدين وقت تجديد القيد (نقض مدنى ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٤٥ ص ٣٦٤) . وقضت أيضاً بأنه متى كان الدائن قد قيد اختصاصاً بعد أن باع المدين العقار وسجل المشترى عقده ، فإن الاختصاص يكون قد وقع باطلا لحصوله بعد انتقال ملكية العقار المتصرف إليه (نقض مدنى ١٠ فبراير سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٨٣ ص ٦٢٩) . وقضت أيضاً بأنه إذ حصل دائن على اختصاصه بعقار اشتراه مدينه بعقد ثابت التاريخ ولكنه لم يسجل ، فليس له أن يحتج بهذا الاختصاص على من اشترى العقار بعد ذلك من المدين وسجل عقده ، إذ أن الاختصاص يكون قد وقع فى هذه الحالة والعقار غير مملوك للمدين (نقض مدنى ٩ فبراير سنة ١٩٣٩ مجموعة أحكام النقض فى ٢٥ عاما ١ ص ٣٩٤) .

يعتبر تأكيداً رسمياً لاعتباره العقار المطلوب أخذ الاختصاص عليه مملوكاً للمدين[1] . وقضت أيضاً بأنه يجب لكي ينتج الاختصاص أثره أن يكون مأخوذاً على عقار مملوك للمدين ، ويقع على الدائن إثبات ملكية العقار للمدين[2] . وقضت أيضاً بأنه إذا كان المدين قد اشترى عقاراً ، فلا يجوز لدائنه أن يأخذ اختصاصاً على هذا العقار ما دام المدين لم يسجل عقد شرائه[3] .

---

(١) استئناف مختلط ٤ ديسمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ٦٥ .

(٢) استئناف مختلط ١٩ ديسمبر سنة ١٩٠٠ م ١٣ ص ٥٤ .

(٣) استئناف مختلط ٢٣ مايو سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ٢٠٢ – وقضت أيضاً بأنه إذا أخذ الدائن اختصاصا على حصة المدين الشائعة بعد تسجيل عقد القسمة الذي أنهى الشيوع ، كانت القسمة نافذة في حق الدائن ، وترتب على ذلك بطلان الاختصاص فيما يتعلق بما لم يقع في نصيب المدين من الأموال الشائعة (استئناف مختلط ٢٣ نوفبر سنة ١٩٣٩ م ٥٢ ص ٣١) – وقضت أيضاً بأنه إذا سجلت القسمة قبل الرهن أو الاختصاص الوارد على حصة شائعة في جميع الأموال الشائعة ، فإن الرهن أو الاختصاص لا ينتقل إلى كل الحصة المفرزة التي آلت إلى المدين ، بل إلى نصيب شائع فيها بنسبة الشيوع الأصلي ، لأن الرهن أو الاختصاص يكون قد ورد وقت قيده على أموال خرج بعضها من ملكية المدين ، فيبطل منه ما يتعلق بهذه الأموال ، ويصح ما يتعلق بما وقع في نصيب المدين (استئناف مختلط ٢٥ يناير سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ١١١) .

وانظر أيضاً استئناف مختلط ٣ فبراير سنة ١٨٩٧ م ٤ ص١٤١ – ١٧ مارس سنة ١٨٩٧ م ٤ ص ١٤١ – ١٧ مارس سنة ١٨٩٧ م ٤ ص ٢٠٦ – ١٩ ديسمبر سنة ١٩٠٠ م ١٣ ص ٥٤ – ٢٨ يناير سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١١٠ – ١٦ ديسمبر سنة ١٩٠٣ م ١٦ ص ٦٩ – ٣ أبريل سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٣٣٤ – ٤ ديسمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ٦٥ – ٤ مايو سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢٦٥ .

وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه إذا أخذ دائن حكما بدينه على مدينه ، وحصل به على اختصاص على أطيان للمدين باعها لآخر بعقد عرفي ، وقبل أن يحصل هذا الأخير على حكم بصحة التوقيع وتسجيله ، فإنه يكون للدائن المذكور ، طبقا لما نص عليه في المادة ٥٩٩ ، حق عيني على الأطيان المبيعة قبل أن يترتب لغيره أي حق عليها ، ويكون صاحب الأسبقية ومفضلا على غيره في الحصول على دينه (استئناف مصر ١٢ يناير سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٧ رقم ٤٤٣ ص ٨٨٠) .

٤٤٣ — على الدائن عبء إثبات ملكية المدين للعقار : وإذا ادعى غير الدائن ملكية العقار المأخوذ عليه حق الاختصاص ، وقع على الدائن عبء إثبات ملكية المدين للعقار . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه في حالة صدور أمر باختصاص الدائن بالعقار ، يقع على الدائن إثبات ملكية المدين للعقار أو ملكية مدعي الاستحقاق للعقار[١] . ولكن لا يحكم لمدعي الاستحقاق بملكية العقار ، لمجرد عجز الدائن عن إقامة الدليل على ملكية مدينه[٢] .

وقد اكتفت المحاكم من الدائن بأن يثبت حيازة المدين للعقار ، فيعتبر ذلك قرينة على الملكية لنقل عبء الإثبات إلى مدعي الاستحقاق[٣] . على ألاّ تكون هذه الحيازة غامضة ، وإلا بقي عبء الإثبات على الدائن[٤] .

§ ٣ — العقار جائز بيعه بالمزاد العلني

٤٤٤ — ما لا يجوز بيعه بالمزاد العلني : لما كان حق الاختصاص قد يؤدي إلى بيع العقار بالمزاد العلني إذا نفذ الدائن صاحب حق الاختصاص حق اختصاصه استيفاء لحقه ، لذلك اشترط القانون أن يكون العقار المأخوذ عليه حق الاختصاص مما يجوز بيعه بالمزاد العلني .

فنصت المادة ١٠٨٨ مدني ، كما رأينا[٥] ، على أنه « لا يجوز أخذ حق

---

(١) استئناف مختلط ٢ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ١٤٣ — ٧ فبراير سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ١٩٤٥ — ٢ مارس سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ١٨٢ — ٢٦ أكتوبر سنة ١٩٣٩ م ٥٢ ص ٧ .

(٢) استئناف مختلط ٢٠ فبراير سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ٢٠٠ .

(٣) استئناف مختلط ١٥ يناير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ١٥٥ — ١٩ مارس سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ١٩٧ — ٨ مارس سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ١٦١ .

(٤) استئناف مختلط ٢٦ أكتوبر سنة ١٩٣٩ م ٥٢ ص ٧ — سليمان مرقس فقرة ٢٠٩ .

(٥) آنفاً فقرة ٤٣٧ .

الاختصاص إلا على عقار أو عقارات . . . . جائز بيعها بالمزاد العلنى » .

فلا يجوز أخذ اختصاص على عقار موقوف وقفاً خيرياً ، لأن العقار الموقوف لا يجوز بيعه . وحتى بالنسبة إلى العقار الذى كان موقوفاً وقفاً أهلياً ، نصت المادة ٥ مكررة ، التى أضيفت بالمرسوم بقانون رقم ٣٤٢ لسنة ١٩٥٢ إلى المرسوم بقانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ الذى حل الأوقاف الأهلية ، على ما يأتى : « لا يجوز اتخاذ إجراءات التنفيذ على ما ينتهى فيه الوقف ضد الأشخاص الذين تؤول إليهم ملكية أعيانه طبقاً للمواد السابقة ، وذلك عن الديون السابقة على تاريخ العمل بهذا المرسوم بقانون . . . . » ، وقد بنت محكمة النقض على ذلك أنه لا يجوز أخذ حق اختصاص على هذه الأعيان لديون سابقة على تاريخ العمل بالمرسوم بقانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ ، وقالت فى أسباب حكمها : « أن الشارع قصد استمرار الحماية التى أسبغها القانون فيما مضى على المستحقين فى الأوقاف بالنسبة إلى أعيان الوقف ، فحظر على الدائنين السابقة ديونهم على إلغاء الوقف . . . إتخاذ إجراءات التنفيذ على هذه الأعيان . . . . وإنه وإن كان حق اختصاص الدائن بعقار مدينه ليس من إجراءات التنفيذ ، إلا أن هذا الحق ، وقد شرع ضماناً لأصل الدين والفوائد والمصروفات ، وخول به صاحبه أن ينفذ على العقار ويطلب بيعه وفقاً للأوضاع المقررة فى قانون المرافعات للبيوع الجبرية وأن يتتبع العقار فى يد حائزه وأن يستوفى حقوقه متقدماً على الدائنين العاديين من ثمن هذا العقار أو من المال الذى حل محله ، فإن حق الاختصاص يصبح وثيق الصلة بإجراءات التنفيذ ، فلا تقوم لهذا الحق قائمة إلا حيث يجوز اتخاذ هذه الإجراءات بالنسبة للعقار الذى يراد الاختصاص به ، ومن ثم فإن ما لا يجوز التنفيذ عليه من العقارات لا يجوز بالتالى أن يكون محلا لحق الاختصاص . وهذا هو ما قصدت إليه المادة ١٠٨٨ مدنى فيما نصت عليه ، من أنه لا يجوز أخذ حق الاختصاص إلا على عقار أو عقارات مملوكة للمدين

وقت قيد هذا الحق وجائز بيعها بالمزاد العلني »[١] .

ولا يجوز أخذ حق اختصاص على حق استعمال أو على حق سكنى . فى غير الحالات الاستثنائية التى يجوز فيها التصرف فى هذا الحق[٢].

٤٤٥ – جواز أخذ اختصاص على خمسة الأفدنة التى لا يجوز التنفيذ عليها :
وقد كانت المادة ١٠٨٨ مدنى تتضمن فى المشروع التمهيدى فقرة ثانية ، كانت تجرى على الوجه الآتى : « ومع ذلك يجوز الحصول على حق اختصاص على أرض المدين ، حتى لو لم تزد على خمسة أفدنة ، على أن يراعى فى التنفيذ الشروط فى القانون » . وفى لجنة مجلس الشيوخ حذفت هذه الفقرة « لأن ملكية المدين لخمسة أفدنة فأقل لا تمنع من رهنها ، فحق الاختصاص يأخذ هذا الحكم دون حاجة إلى نص »[٣] .

وعلى ذلك لم تحذف هذه الفقرة لعدم الأخذ بها ، بل حذفت لأن حكمها معروف ومقرر دون حاجة إلى نص .

والقانون رقم ٥١٣ لسنة ١٩٥٣ بعدم جواز التنفيذ على الملكية الزراعية

---

(١) نقض مدنى ٣٠ مايو سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ٦٨ ص ٥٤١ – وقد قضى هذا الحكم بأنه حتى كانت العين موقوفة ، وانتهى الوقف فيها ، وآلت ملكيتها إلى من صار يكون صاحب الحق فيها طبقاً لأحكام المرسوم بقانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ ، فإنها تظل بمنأى عن التنفيذ عليها وفاء للديون السابقة على تاريخ العمل بهذا المرسوم بقانون ، ولا يجوز بالتالى لأرباب هذه الديون أن يستصدروا من آلت إليه ملكية هذه العين أمرا باختصاصهم بها إعمالا للمادة الخامسة مكررا من ذلك القانون والمادة ١٠٨٨ من القانون المدنى (نقض مدنى ٣٠ مايو سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ٦٨ ص ٥٤١) .

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن الشرط الذى ينص عليه فى عقد البيع بأنه ليس للمشترى الحق فى التصرف فى العين المبيعة حتى يوفى كل الثمن ، لا يحرم دائن المشترى من أخذ اختصاص على هذه العين ، ولا يعد هذا الاختصاص تصرفا من المشترى لأنه عمل خارج عن إرادته آت من جهة الغير (استئناف وطنى ١٩ نوفمبر سنة ١٩٢٥ المجموعة الرسمية ٢٨ رقم ٣٨ ص ٦١) .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٤٣٧ فى الهامش فى تاريخ المادة ١٠٨٨ مدنى .

فى حدود خمسة أفدنة ، الذى استبدل بالقانون رقم ٤ لسنة ١٩١٣ ، لا يمنع الدائن من أخذ اختصاص على أطيان مدينه الذى لا يملك أكثر من خمسة أفدنة ، وإنما يحول دون الحجز عليها ومباشرة نوع ملكيتها طالما بقى المدين محتفظاً بها وليس لديه غيرها .

ولكن مع ذلك يجوز أخذ اختصاص على خمسة الأفدنة هذه ، ويعمل حق الاختصاص هذا من وجهين :

(الوجه الأول) : إذا انتقلت ملكية خمسة الأفدنة هذه إلى شخص آخر أصبح يملك أكثر من خمسة أفدنة ، فإنه يجوز فى هذه الحالة لصاحب الاختصاص أن يبيع بيعاً جبرياً خمسة الأفدنة ، بشرط أن يبقى عند المالك خمسة أفدنة على الأقل .

(الوجه الثانى) : إذا بقيت خمسة الأفدنة فى ملكية صاحبها الأول ، ثم زادت ملكية إلى أكثر من خمسة أفدنة ، إلى عشرة مثلا . فانه يجوز فى هذه الحالة أن يبيع صاحب الاختصاص خمسة الأفدنة هذه ، بشرط أن يبقى لمالكها خمسة أفدنة على الأقل . فإذا زادت ملكية المالك إلى ثمانية أفدنة مثلا ، كان لصاحب حق الاختصاص أن ينزع من ملكيته خمسة الأفدنة المأخوذ عليها حق الاختصاص ملكية ثلاثة أفدنة فقط .

الفرع الثانى

الإجراءات

٤٤٦ — نصوص قانونية : نصت المادة ١٠٨٩ مدنى على ما يأتى :

« ١ — على الدائن الذى يريد أخذ اختصاص على عقارات مدينة ، أن يقدم بذلك عريضة إلى رئيس المحكمة الابتدائية التى تقع فى دائرتها العقارات التى يريد الاختصاص بها » .

« ٢ — وهذه العريضة يجب أن تكون مصحوبة بصورة رسمية من الحكم

أو بشهادة من قلم الكتاب مدون فيها منطوق الحكم ، وأن تشتمل على البيانات الآتية :

(أ) اسم الدائن ولقبه وصناعته وموطنه الأصلى والموطن المختار الذى معينه فى البلدة التى يقع فيها مقر المحكمة .

(ب) اسم المدين ولقبه وصناعته وموطنه .

(حـ) تاريخ الحكم وبيان المحكمة التى أصدرته .

(د) مقدار الدين ، فإذا كان الدين المذكور فى الحكم غير محدد المقدار ، تولى رئيس المحكمة تقديره مؤقتاً وعين المبلغ الذى يؤخذ به حق الاختصاص .

(هـ) تعيين العقارات تعييناً دقيقاً ، وبيان موقعها ، مع تقديم الأوراق الدالة على قيمتها » .

ونصت المادة ١٠٩٠ مدنى على ما يأتى :

« ١ – يدون رئيس المحكمة فى ذيل العريضة أمره بالاختصاص » .

« ٢ – وإنما يجب عليه ، عند الترخيص به ، أن يراعى مقدار الدين وقيمة العقارات المبينة بالعريضة بوجه التقريب ، وعند الاقتضاء يجعل الاختصاص مقصوراً على بعض هذه العقارات أو على واحد منها فقط أو على جزء من أحدها ، إذا رأى أن ذلك كاف لتأمين دفع أصل الدين والفوائد والمصروفات المستحقة للدائنين » .

ونصت المادة ١٠٩١ مدنى على ما يأتى :

« على قلم الكتاب إعلان المدين بالأمر الصادر بالاختصاص فى نفس اليوم الذى يصدر فيه هذا الأمر ، وعليه أيضاً أن يؤشر بهذا الأمر على صورة الحكم أو على الشهادة المرفقة بالطلب المقدم لأخذ الاختصاص ، وأن يخطر قلم كتاب المحكمة الصادر منها الحكم للتأشير بذلك على كل صورة أو شهادة أخرى يسلمها للدائن » .

ونصت المادة ١٩٠٢ مدنى على ما يأتى :

« ١ – يجوز للمدين أن يتظلم من الأمر الصادر بالاختصاص أمام الآمر ، كما يجوز له أن يرفع هذا التظلم أمام المحكمة الابتدائية » .

« ٢ – ويجب أن يؤشر على هامش القيد بكل أمر أو حكم قضى بإلغاء الأمر الصادر بالاختصاص » .

ونصت المادة ١٠٩٣ مدنى على ما يأتى :

« إذا رفض رئيس المحكمة طلب الاختصاص المقدم من الدائن ، سواء كان الرفض من بادئ الأمر أو بعد تظلم المدين ، جاز للدائن أن يتظلم من أمر الرفض إلى المحكمة الابتدائية »[1] .

---

(١) تاريخ النصوص :

م ١٠٨٩ : ورد هذا النص فى المادة ١٥١٥ من المشروع التمهيدى . وفى لجنة المراجعة حذفت عبارة « وأنها مملوكة للمدين » من الفقرة الثانية (حرف هـ) ، وأصبح رقم المادة ١١٩٢ فى المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس النواب ، تحت رقم ١١٧٨ . وفى لجنة مجلس الشيوخ ، عدلت (هـ) من الفقرة الثانية بأن استعيضت عن عبارة « تعيين العقارات تعيينا دقيقا جنسا ومحلا » عبارة « تعيين العقارات تعيينا دقيقا ، وبيان موقعها » ، لأن التعيين الدقيق يتضمن من التفصيلات ما يتسع لما يقصد من بيان الجنس ، واستبدلت بعبارة « أوراق تثبت » عبارة « الأوراق الدالة على » إذ لا يشترط فى هذه الحالة تقديم مستندات قاطعة فى الإثبات ، بل يشترط تقديم أوراق تدل على القيمة وإن لم تكن قاطعة فى آلالتها ، وأصبح رقم المادة ١٠٨٩ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٦٧ – ص ١٧١) .

التقنين المدنى السابق : لا مقابل لها . ولكن يقابلها المادتان ٦٨١ / ٧٦٩ و ٦٨٣ / ٧٧١ من تقنين المرافعات القديم .

م ١٠٩٠ : ورد هذا النص فى المادة ١٥١٦ من المشروع التمهيدى . وعدلته لجنة المراجعة تعديلا لفظيا ، فأصبح مطابقا لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، تحت رقم ١١٩٣ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١٧٩ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٩٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٧١ – ص ١٧٣) .

التقنين المدنى السابق : لا مقابل لها . ولكن يقابلها المادة ٦٨٢ / ٧٧٠ من تقنين المرافعات القديم .

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى لهذه النصوص ما يأتى : —

« ١ — تمر إجراءات الحصول على حق الاختصاص على المراحل الآتية : يقدم الدائن عريضة لرئيس محكمة العقار ، مصحوبة بصورة الحكم أو الشهادة من قلم الكتاب يدون فيها منطوق الحكم ، ويمكن الحصول على هذه الشهادة فى نفس اليوم الذى صدر فيه الحكم . وتشمل العريضة البيانات التى تدون عادة فى قائمة الرهن الرسمى المقدمة للقيد . ويلاحظ أنه اشترط أن يقدم الدائن أوراقاً تثبت قيمة العقارات وأنها مملوكة للمدين ، حتى يتبين للقاضى قيمة العقارات وملكيتها قبل أن يثقلها بحق الاختصاص » .

« ٢ — ويدون رئيس المحكمة الأمر بالاختصاص بعد أن يراعى مقدار الدين وقيمة العقار ، ويجوز أن يقصر الأمر على جزء من العقار . فإن رفض

م ١٠٩١ : ورد هذا النص فى المادة ١٥١٧ من المشروع التمهيدى . وعدلته لجنة المراجعة تعديلا لفظيا ، تحت رقم ١١٩٣ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١٨٠ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٩١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٧٤ — ص ١٨٥) .

التقنين المدنى السابق : لا مقابل .

م ١٠٩٢ : ورد هذا النص فى المادة ١٥١٨ من المشروع التمهيدى . وعدلته لجنة المراجعة تعديلا لفظيا ، فأصبح مطابقا لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد تحت رقم ١١٩٥ . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١٨١ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٩٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٧٥ — ص ١٧٧) .

التقنين المدنى السابق : لا مقابل .

م ١٠٩٣ : ورد هذا النص فى المادة ١٥١٩ من المشروع التمهيدى . وعدلته لجنة المراجعة تعديلا لفظيا ، فأصبح مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد تحت رقم ١١٩٦ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١٨٢ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٩٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٧٧ — ص ١٧٩) .

التقنين المدنى السابق : لا مقابل . ولكن يقابلها المـادة ٦٨٤ / ٧٧٢ من تقنين المرافعات القديم .

رئيس المحكمة الأمر بالاختصاص (أو قبل فتظلم المدين إليه فرفض) ، جاز للدائن أن يتظلم من أمر الرفض إلى المحكمة الابتدائية . . . » .

« ٣ – وعند صدور الأمر بالاختصاص ، يجب على قلم كتاب المحكمة إعلانه للمدين فى موطنه المبين بالعريضة فى نفس اليوم الذى صدر فيه ، وهذا تجديد أريد به إخطار المدين بما تم ، حتى يتظلم إن كان هناك وجه للتظلم . ويؤشر بالأمر على صورة الحكم وعلى كل شهادة به أو صورة أخرى . وهذا أيضاً تجديد أريد به منع الحصول على اختصاصات متعددة من محاكم مختلفة . . . . وللمدين أن يتظلم للقاضى الذى أصدر أمر الاختصاص أو للمحكمة الابتدائية . . . . ولما كان الأمر بالاختصاص يقيد فى نفس اليوم الذى يصدر فيه كما سيأتى ، وجب إذا صدر أمر بإلغائه أن يؤشر على هامش القيد بذلك »[1] .

فنتكلم هنا فى أمرين : (١) الحصول على أمر اختصاص . (٢) تظلم المدين من أمر الاختصاص .

المبحث الأول

الحصول على أمر اختصاص

٤٤٧ – عريضة طلب الاختصاص : نصت المادة ١٠٨٩ مدنى ، كما رأينا[2] ، على أن الدائن الذى يريد الحصول على أمر بالاختصاص عليه أن يقدم عريضة طلب الاختصاص إلى رئيس المحكمة الابتدائية التى تقع فى دائرتها العقارات التى يريد الاختصاص بها .

وتشمل هذه العريضة اسم الدائن ولقبه وصناعته وموطنه الأصلى والموطن

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٧٨ – ص ١٧٩ .

(٢) آنفاً فقرة ٤٤٦ .

المختار ، واسم المدين ولقبه وصناعته وموطنه ، وتاريخ الحكم وبيان المحكمة التي أصدرته ، ومقدار الدين ويتولى رئيس المحكمة تقديره موقتاً إذا كان الدين غير محدد المقدار فيعين المبلغ الذى يؤخذ به حق الاختصاص ، وتعيين العقارات تعييناً دقيقاً وبيان موقعها مع تقديم أوراق تدل على قيمتها دون أن تقطع فى هذه القيمة .

وتصحب العريضة بصورة رسمية من الحكم ، أو بشهادة من قلم الكتاب يدون فيها منطوق الحكم . وكان التقنين الأهلى السابق يوجب أن تكون العريضة مصحوبة بصورة الحكم ، فكان ذلك يؤخر تقديم الدائن لعريضة الاختصاص إلى أن تتم المحكمة كتابة الحكم وتوقيعه ، وقد تنقضى مدة طويلة قبل أن يتم ذلك . فينتهز المدين هذه الفرصة ، ليتصرف فى عقاراته . أما التقنين المختلط فكان ينص على أن تقديم شهادة من قلم الكتاب بصدور الحكم ومضمونه يغنى عن تقديم صورة الحكم ، ويمكن أخذ هذه الشهادة من قلم الكتاب فى اليوم ذاته الذى يصدر فيه الحكم . فأخذ التقنين المدنى الجديد بما ورد فى التقنين المدنى المختلط ، فنص على أن العريضة تكون مصحوبة بصورة رسمية من الحكم أو بشهادة من قلم الكتاب مدون فيها منطوق الحكم .

ويلاحظ أن تقنين المرافعات الجديد ينص على ما يأتى :

م ١٩٤ مرافعات : فى الأحوال التى يكون فيها للخصم وجه فى استصدار أمر ، يقدم عريضة بطلب إلى قاضى الأمور الوقتية بالمحكمة المختصة . . وتكون هذه العريضة من نسختين متطابقتين ، ومشتملة على وقائع الطلب وأسانيده وتعيين موطن مختار للطالب فى البلدة التى بها مقر المحكمة ، وتشفع بها المستندات المؤيدة لها .

م ١٩٥ مرافعات : يجب على القاضى أن يصدر أمره بالكتابة على إحدى نسختى العريضة ، فى اليوم التالى لتقديمها على الأكثر . ولا يلزم

ذكر الأسباب التي بنى عليها ، إلا إذا كان مخالفاً لأمر سبق صدوره ، فعندئذ يجب ذكر الأسباب التي اقتضت إصدار الأمر الجديد وإلا كان باطلا .

م ١٩٦ مرافعات : يجب على قلم الكتاب تسليم الطالب النسخة الثانية من عريضته مكتوباً عليها صورة الأمر ، وذلك فى اليوم التالى لصدور على الأكثر .

٤٤٨ — التدوين فى ذيل العريضة بالأمر بالاختصاص : ويدون رئيس المحكمة فى ذيل العريضة أمره بالاختصاص . ويجب على الرئيس ، عند إصدار الأمر بالاختصاص ، أن يراعى مقدار الدين وقيمة العقار أو العقارات . فقد يجعل الاختصاص مقصوراً على بعض هذه العقارات أو على عقار واحد منها أو جزء من عقار ، إذا رأى أن ذلك كاف لتأمين دفع أصل الدين والفوائد والمصروفات (م ١٠٩٠ مدنى) .

٤٤٩ — الإجراءات التى تتبع فى الأمر الصادر بالاختصاص : فى نفس اليوم الذى يصدر فيه الأمر بالاختصاص ، يجب على قلم كتاب المحكمة إعلان المدين بهذا الأمر . ذلك أن المدين لم يكن حاضراً وقت صدور الأمر بالاختصاص ، ولم يكن حاضراً غير الدائن . فيستطيع المدين أن يتظلم من الأمر الصادر بالاختصاص ، ويتبع فى ذلك إجراءات معينة سيأتى ذكرها .

وحتى لا يلجأ الدائن إلى محاكم مختلفة ، للحصول منها على أوامر بالاختصاص تزيد على ما يحتاج إليه ، أوجب القانون على قلم كتاب المحكمة أن يتخذ أيضاً الإجرائين الآتيين :

١ — يؤشر بأمر الاختصاص على صورة الحكم ، أو على الشهادة المرفقة بالعريضة والمحرر فيها منطوق الحكم إذا لم يمكن الحصول على صورة الحكم ذاته . فيتعذر إذن على الدائن استعمال صورة الحكم أو الشهادة هذه ،

للحصول على أمر آخر بالاختصاص دون أن يكون الآمر مطلعاً على أمر الاختصاص الأول .

٢ – يخطر قلم كتاب المحكمة الصادر منها الحكم بالدين ، ليؤشر بأمر الاختصاص على كل صورة أو شهادة أخرى يسلمها للدائن . وبذلك إذا لم يستعمل الدائن الصورة أو الشهادة التى سبق له استعمالها للحصول على أمر الاختصاص الأول ، وطلب من قلم كتاب المحكمة التى أصدرت الحكم بالدين صورة أو شهادة أخرى ، كانت هذه الصورة أو الشهادة مؤشراً عليها بأمر الاختصاص الأول .

٤٥٠ – رفض رئيس المحكمة طلب الدائن وعدم صدور أمر بالاختصاص : وليس من الضرورى أن يستجيب رئيس المحكمة لطلب الدائن ، فقد يجد أنه لا محل لإعطاء أمر بالاختصاص . ويكون ذلك من بادئ الأمر ، أو يكون بعد تظلم المدين وسماع أقواله ولم تكن أقواله قد سمعت عند صدور الأمر الأول بالاختصاص .

عند ذلك يجوز للدائن أن يتظلم من رفض رئيس المحكمة لإعطائه أمر بالاختصاص ، ويكون تظلمه أمام المحكمة الابتدائية التابع لها رئيس المحكمة دون غيرها .

وتقول المادة ١٠٩٣ مدنى فى هذا الصدد : « إذا رفض رئيس المحكمة طلب الاختصاص المقدم من الدائن ، سواء كان الرفض من بادئ الأمر أو بعد تظلم المدين ، جاز للدائن أن يتظلم من أمر الرفض إلى المحكمة الابتدائية » .

وتقول المادة ١٩٧ من تقنين المرافعات الجديد : « للطالب إذا صدر الأمر برفض طلبه . . . الحق فى التظلم إلى المحكمة المختصة ، إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك ؛ ويكون التظلم بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى

أمام المحكمة ، وتحكم فيه بتأييد الأمر أو بتعديله أو بإلغائه . ويجب أن يكون التظلم مسبباً ، وإلا كان باطلا » .

ويبدو أن حكم المحكمة الابتدائية فى التظلم يقبل الطعن فيه بالطرق المقررة ، فقد نصت المادة ٢/١٩٩ مرافعات على أنه « ويحكم القاضى فى التظلم بتأييد الأمر أو بتعديله أو بإلغائه ، ويكون حكمه قابلا لطرق الطعن المقررة للأحكام » .

المبحث الثانى

تظلم المدين من أمر الاختصاص

٤٥١ — جواز تظلم المدين من الأمر بالاختصاص : وإذا صدر أمر الاختصاص من رئيس المحكمة ، جاز للمدين ، الذى لم تسمع أقواله والذى أعلن بصدور الأمر بالاختصاص فى يوم صدوره أن يتظلم من هذا الأمر :

وتقول المادة ١/١٠٩٢ مدنى ما يأتى :

« يجوز للمدين أن يتظلم من الأمر الصادر بالاختصاص أمام الآمر ، كما يجوز له أن يرفع هذا التظلم أمام المحكمة الابتدائية » .

والتظلم لا يكون إلا مرة واحدة ، إما إلى الآمر أو إلى المحكمة الابتدائية .

٤٥٢ — التظلم إلى الآمر : فإذا تظلم إلى الآمر ، أى إلى رئيس المحكمة الذى أصدر أمراً بالاختصاص ، نظر الرئيس فى هذا الأمر .

فإما أن يثبت عليه ولا يرى داعياً لإلغائه ، فيقضى فى هذه الحالة بالتأييد .

أو ، بعد سماع المدين المتظلم ، يرى أن هناك ما يستوجب العدول عن

أمر الاختصاص ، فيقضى بالإلغاء ، وعند ذلك يبطل الأمر بالاختصاص الذى صدر من قبل .

٤٥٣ — **جواز استئناف قضاء الآمر :** وهذا القضاء بالتأييد أو بالإلغاء يعتبر حكماً صادراً من محكمة ابتدائية .

فيجوز لكل من المدين فى حالة التأييد ، والدائن فى حالة الإلغاء ، أن يستأنف هذا الحكم أمام محكمة الاستئناف المختصة .

٤٥٤ — **التظلم إلى المحكمة الابتدائية :** وقد يرفع المدين تظلمه ، لا إلى الآمر ، بل إلى المحكمة الابتدائية التى يتبعها الآمر .

وتقضى المحكمة الابتدائية ، كما كان يقضى الآمر ، إما بالتأييد واستبقاء الأمر بالاختصاص ، أو بإلغاء الأمر بالاختصاص .

٤٥٥ — **جواز استئناف حكم المحكمة الابتدائية :** وفى الحالتين ، يجوز استئناف الحكم الصادر من المحكمة الابتدائية أمام محكمة الاستئناف المختصة .

يستأنف المدين ، إذا صدر الحكم بتأييد الأمر بالاختصاص ، طالباً الإلغاء

ويستأنف الدائن ، إذا صدر الحكم بلغاء الأمر بالاختصاص ، إلغاء هذا الحكم .

٤٥٦ — **التأشير على هامش القيد بإلغاء الأمر الصادر بالاختصاص :** وإذا قيد الدائن الأمر الصادر بالاختصاص ، ثم صدر أمر أو حكم بإلغاء الأمر الصادر بالاختصاص ، وجب التأشير على هامش القيد بهذا الأمر أو الحكم ، ويكون ذلك بمثابة إلغاء للقيد ، وإلغاء للأمر الصادر بالاختصاص .

وتقول الفقرة الثانية من المادة ١٠٩٢ مدنى فى هذا المعنى ما يأتى :

« ويجب أن يؤشر على هامش القيد بكل أمر أو حكم قضى بإلغاء الأمر الصادر بالاختصاص » .

الفصل الثانى

آثار حق الاختصاص

٤٥٧ — نص قانونى : نصت المادة ١٠٩٥ مدنى على ما يأتى :

« يكون للدائن الذى حصل على حق الاختصاص نفس الحقوق التى للدائن الذى حصل على رهن رسمى ، ويسرى على الاختصاص ما يسرى على الرهن الرسمى من أحكام ، وبخاصة ما يتصل بالقيد وتجديده ومحوه وعدم تجزئة الحق وأثر وانقضائه ، وذلك كله مع عدم الإخلال بما ورد من أحكام خاصة »[1] .

وجاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ما يأتى :

« ١ — . . . . . . وقد يقيد قلم الكتاب حكماً صادراً بالاختصاص بدلا من أمر ، ويكون ذلك فى حالة ما إذا رفض طلب الاختصاص ، فتظلم الدائن أمام المحكمة ، فحكم بقبول تظلمه وبإعطائه حق الاختصاص . أما إذا تظلم المدين من الأمر الصادر بالاختصاص ، فحكم بتأييد الأمر ، فإن الحكم يؤشر به على هامش القيد » .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٥٢٠ من المشروع التمهيدى . وفى لجنة المراجعة عدل النص تعديلا لفظيا ، فأصبح مطابقا لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد تحت رقم ١١٨٤ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١٨٤ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٩٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٨٣ — ص ١٨٨) .

التقنين المدنى السابق م ٥٩٩ / ٧٢٥ : الدائن الذى تحصل على اختصاص بعقارات مدينه ، يكون له من يوم تسجيل ذلك الاختصاص نفس الحقوق التى تترتب على الرهن العقارى وتتبع فى الاختصاص المذكور كافة القواعد المقررة فيما يتعلق بالرهن ، مع مراعاة الضابط المدون بالمادة الآتية .

« ٢ – ... ... » .

« ٣ – وفيما عدا ذلك يكون للاختصاص أحكام الرهن الرسمى ، وبخاصة فيما يتعلق بتجديد القيد ومحوه وعدم التجزئة وأثر الحق فيما بين المتعاقدين وبالنسبة للغير من تقدم وتتبع ، وقد تقدم ذكر ذلك »[1] .

وعلى ذلك نستعرض ، بمجرد استعراض ، أهم أحكام الرهن الرسمى التى تنطبق على الاختصاص فيما يتعلق بالآثار .

٤٥٨ – دائن له حق الاختصاص : ونفرض الآن أن دائناً حصل على حق اختصاص بعقار مدينه ، فإن هذا الدائن ، من حيث آثار حق الاختصاص ، يعتبر كدائن مرتهن رهناً رسمياً ، ويكون حق الاختصاص بمثابة حق الرهن الرسمى .

٤٥٩ – الرهن الرسمى غير قابل للتجزئة وكذلك حق الاختصاص

والرهن الرسمى حق غير قابل للتجزئة ، بالنسبة إلى العقار المرهون ، وبالنسبة إلى الدين المضمون[2] .

فبالنسبة إلى العقار المرهون ، إذا فرض أن الدين انقسم على عدة أشخاص ، وأدى واحد منهم الجزء من الدين الذى هو مسئول عنه ، لم يجز شطب الرهن عن الجزء من العقار الذى اختص به إلا بعد سداد الدين كله ، لأن كل جزء من العقار المرهون مسئول عن كل الدين . وكذلك حق الاختصاص ، كل جزء من العقار المحمل به مسئول عن كل الدين .

وبالنسبة إلى الدين المضمون ، إذا انقضى جزء منه ، فإن العقار المرهون كله يبقى ضامناً لما بقى من الدين . وكذلك العقار المحمل بحق الاختصاص ، فإنه يبقى كله ضامناً لأى جزء من الدين لم يسدد .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٨٧ – ص ١٨٨ .

(٢) آنفاً فقرة ١٢٠ .

٤٦٠ – آثار الرهن الرسمي فيما بين المتعاقدين وآثار الاختصاص فيما بين الدائن والمدين : وقد سبقت لنا دراسة آثار الرهن الرسمي فيما بين المتعاقدين ، الراهن والمرتهن[1]، فنستعرض أهم المسائل في هذا الموضوع ، ونطبق الأحكام فيها على حق الاختصاص .

٤٦١ – إنشاء الراهن لحق الرهن : يلتزم الراهن بإنشاء حق الرهن للدائن المرتهن ، فإذا كان الراهن مالكاً للعقار المرهون ، أنشئ حق الرهن الرسمي عليه من تلقاء نفسه .

ولما كان حق الاختصاص يعطى على عقار مملوك للمدين ، فإن حق الاختصاص ينشأ على هذا العقار من تلقاء نفسه .

٤٦٢ – ضمان الراهن لسلامة حق الرهن : يضمن الراهن سلامة حق الرهن ، فلا يجوز أن يقوم الراهن بترتيب أي حق على العقار المرهون يشهر قبل قيد الرهن .

كذلك في حق الاختصاص ، لا يجوز للمدين ، بعد أن أخذ حق الاختصاص على عقاره ، أن يرتب على هذا العقار أي حق يشهر قبل قيد حق الاختصاص .

وكذلك ليس له أن ينزع شيئاً من هذا العقار ، كأن يبيع المواشي التي تخدم الأرض ، أو يبيع الأنقاض بعد هدم جزء من المباني ، فتقع في يد مشتر حسن النية فيملكها خالصة من حق الاختصاص ، فيكون عندئذ للدائن الرجوع على المدين بضمان التعرض الشخصي .

وفيما يتعلق بضمان المدين لحق الاختصاص من تعرض الغير ، إذا ادعى شخص أنه قد نشأ له حق ارتفاق على العقار المأخوذ عليه حق الاختصاص ،

---

(١) انظر فقرة ١٦٧ وما بعدها .

فعلى المدين أن يدفع هذا الادعاء من الغير . فإن لم يستطع ، كان للدائن أن يطالب بتقديم تأمين كاف أو يطالب بدفع الدين فوراً .

ونرى من ذلك أن ضمان المدين لتعرضه الشخصي ولتعرض الغير ، هو فى الواقع من الأمر الجزاء الكافى على التزام المدين بضمان سلامة حق الاختصاص .

٤٦٣ — هلاك العقار أو تلفه : وقد قضت المادة ١٠٤٨ مدنى ، فيما يتعلق بالرهن الرسمى ، بأنه إذا كان الهلاك أو التلف بخطأ الراهن ، كان الدائن المرتهن مخيراً بين أن يقتضى تأميناً كافياً أو أن يستوفى حقه فوراً ، وبأنه إذا كان الهلاك أو التلف قد نشأ من سبب أجنبى ، كان المدين مخيراً بين أن يقدم تأميناً كافياً أو أن يوفى الدين فوراً .

وكذلك فى حق الاختصاص ، إذا كان الهلاك أو التلف بخطأ المدين ، كان الدائن مخيراً بين أن يقتضى تأميناً كافياً أن أن يستوفى حقه فوراً ، وإذا كان الهلاك أو التلف قد نشأ عن سبب أجنبى ، كان المدين مخيراً بين أن يقدم تأميناً كافياً أو أن يوفى الدين فوراً .

وإذا هلك العقار أو تلف لأى سبب كان ، انتقل الاختصاص بمرتبته إلى الحق الذى يحل محل العقار حلولا عينياً ، كالتعويض أو مبلغ التأمين أو الثمن الذى يقرر مقابل نزع الملكية للمنفعة العامة .

٤٦٤ — عدم تجريد الراهن لا من ملكية العقار ولا من حيازته وكذلك المدين فى حق الاختصاص : يبقى الراهن مالكاً للعقار المرهون وحائزاً له ، وكذلك المدين فى حق الاختصاص يبقى مالكاً للعقار وحائزاً له .

فيبقى للمدين فى حق الاختصاص حق التصرف فى العقار كما يبقى له حق استعماله وحق استغلاله ، ولا تتقيد سلطته فى كل ذلك إلا بحق الدائن فى حق الاختصاص ، فإن هذا الحق يبقى قائماً لضمان الوفاء بالدين ، وقد ينتهى إلى التنفيذ على العقار واستيفاء الدين من ثمنه بحسب مرتبة الدائن .

٤٦٥ — حق الراهن فى استغلال العقار وكذلك حق المدين فى الاختصاص : قضت المادة ١٠٤٤ مدنى ، فى حق الرهن الرسمى ، بأن للراهن الحق فى إدارة العقار المرهون وفى قبض ثماره إلى وقت التحاقها بالعقار .

وكذلك المدين فى حق الاختصاص له الحق فى إدارة العقار ، وفى قبض ثماره إلى وقت التحاقها بالعقار . ويبقى للمدين الحق فى قبض ثمار العقار إلى وقت التحاقها بالعقار ، وهذا الوقت هو وقت تسجيل تنبيه نزع الملكية ، إذا نفذ الدائن على العقار ونزع ملكيته .

٤٦٦ — إيجار العقار : هنا يجب التمييز بين إيجار تزيد مدته على تسع سنوات ، وإيجار لا تزيد مدته على ذلك . والقاعدة فى هذا هى نفس قاعدة الرهن الرسمى .

فإذا زادت مدة الإيجار الصادر من المدين على تسع سنوات ، فإن هذا الإيجار لا يسرى إلا لمدة تسع سنوات[1] ، إلا إذا كان مسجلا قبل الاختصاص فيسرى لكامل مدته .

وإذا لم تزد مدة الإيجار على تسع سنوات ، فإنه يجب ، حتى يسرى لكامل مدته فى حق الدائن ، أن يكون ثابت التاريخ قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية .

أما إذا كان الإيجار غير ثابت التاريخ قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية ، فإنه لا يسرى فى حق الدائن إلا فى حدود الإدارة الحسنة .

٤٦٧ — قبض الأجرة مقدما أو الحوالة بها : المدين فى حق الاختصاص كالراهن ، من حقه أن يقبض ما استحق من الأجرة عن مدة سابقة على

---

(١) بشرط أن يكون له تاريخ ثابت سابق على تاريخ تنبيه نزع الملكية ، وهو التاريخ الذى تلحق به الثمار بالعقار .

تسجيل تنبيه نزع الملكية ، فإن الأجرة فى هذه الحالة تعتبر ثماراً مدنية لم تلحق بالعقار .

فإذا قبض المدين الأجرة مقدماً ، أو حول بها مقدماً ، فيجب التمييز بين فرضين :

(الفرض الأول) أن تكون المخالصة أو الحوالة بالأجرة مقدماً عن مدة تزيد على ثلاث سنوات . فيجب تسجيل المخالصة أو الحوالة قبل قيد الاختصاص ، حتى تنفذ فى حق الدائن لكامل المدة . فإذا لم تسجل قبل قيد الاختصاص ، فلا تسرى إلا لمدة ثلاث سنوات ، مع وجوب أن تكون المخالصة أو الحوالة ثابتة التاريخ قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية ، وإلا فإنها لا تسرى فى حق الدائن إلا لمدة سنة واحدة .

(الفرض الثانى) أن تكون المخالصة أو الحوالة بالأجرة مقدماً عن مدة لا تزيد على ثلاث سنوات . فيشترط أن تكون المخالصة أو الحوالة ثابتة التاريخ قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية ، وإلا فإنها لا تسرى فى حق الدائن إلا لمدة سنة واحدة .

٤٦٨ — بيع الثمار قبل جنيها : الرأى الراجح أن المدين فى الاختصاص ، كالراهن ، له أن يبيع الثمار قبل جنيها ، بشرط أن يكون البيع ثابت التاريخ قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية ، وإلا فإن البيع لا يسرى فى حق الدائن ، ومن حق هذا الدائن أن يستبقى المحصولات فى الأرض بعد تسجيل تنبيه نزع الملكية ويجرى فى توزيع ثمنها كما يجرى فى توزيع ثمن العقار نفسه .

٤٦٩ — بطلان شرطى تملك العقار عند عدم الوفاء وبيع العقار دون إجراءات : والدائن إذا اتفق مع المدين ، فى الاختصاص ، على أن يتملك العقار المأخوذ عليه حق الاختصاص عند عدم وفاء المدين بما عليه ، كان هذا الاتفاق باطلا ، كما فى الرهن .

وإذا اتفق الدائن مع المدين على أن يباع العقار المأخوذ عليه الاختصاص دون إجراءات ، إذا لم يوف المدين بما عليه ، كان هذا الاتفاق باطلا أيضاً كما فى الرهن .

٤٧٠ — آثار الرهن الرسمى بالنسبة إلى الغير — وآثار حق الاختصاص بالنسبة إلى الغير : يجب أن يقيد الدائن حق الاختصاص ، كما يجب أن يقيد الدائن المرتهن حق الرهن الرسمى ، حتى يكون الحق نافذاً فى حق الغير ، بما يستتبعه من حق تقدم وحق تتبع . ويجب أولا أن يقيد الدائن صاحب الاختصاص حقه ، كما يقيد الدائن المرتهن حقه .

٤٧١ — شهر حق الاختصاص : ويخضع حق الاختصاص للقيد ، كما يخضع حق الرهن الرسمى . فإذا صدر أمر رئيس المحكمة أو حكم المحكمة بالاختصاص ، استخرج الدائن صورة رسمية محررة على الورق الأزرق الخاص ، وقدمها مع قائمة القيد إلى مكتب الشهر المختص لإجراء قيدها .

وقد جرى العمل على أن الصورة الرسمية المحررة على الورق الأزرق هى القائمة التى تشهر ، لأن هذه الصورة تتضمن جميع البيانات التى يجب أن تدرج فى القائمة ، وهذا بشرط ألاّ ينقص بيان من بيانات الشهر ، وإلا كلف صاحب الشأن بتقديم قائمة .

٤٧٢ — إجراءات شهر حق الاختصاص : بعد صدور أمر الاختصاص ، تنسخ منه صورة طبق الأصل على الورق الأزرق ، متضمنة جميع البيانات الدالة على استيفائه مراحل الشهر التمهيدية ، وتقدم للمكتب المختص لشهرها بطريق القيد وتصويرها وإرسال الصور للجهات المختصة .

وتقوم المأمورية بمراجعة ملكية المدين ، للتأكد من أن أمر الاختصاص المطلوب يقع على عقار أو عقارات مملوكة للمدين .

ويقدم الدائن الذى يريد أخذ اختصاص عريضة بذلك ، متضمنة البيانات التى تتطلبها المادة ٣٠ من قانون تنظيم الشهر العقارى بخصوص قائمة القيد .

ويستحق على قيد أمر الاختصاص رسم نسبى قدره ½ ٪ من المبلغ الأصلى وملحقاته . أما عند تجديد هذا القيد ، فلا يحصل الرسم النسبى إلا على قيمة الزيادة فقط ، بخلاف رسوم التصوير ورسوم الحفظ ؛

٤٧٣ — شهر أمر إنقاص الاختصاص : ويترتب على أمر إنقاص حق الاختصاص تعديل فى الأمر ذاته ، يقتضى شهر أمر الإنقاص ليسرى فى مواجهة الغير .

ويختلف شهر أمر الإنقاص ، باختلاف موضوعه . فإذا كان الأمر يقضى بقصر حق الاختصاص على جزء من العقار ، فإن هذا الأمر يخضع للشهر بطريق التأشير الهامشى على هامش قيد حق الاختصاص نفسه . أما إذا كان أمر الإنقاص قد قضى بإحلال عقار محل العقار الذى رتب عليه الحق الأصلى ، فإن هذا الأمر الجديد واجب الشهر بطريق القيد ، ثم التأشير بمضمونه على هامش حق الاختصاص الأصلى .

ويجب أن يمر أمر الإنقاص فى هذه الحالة الأخيرة بمراحل الشهر التمهيدية ، للتأشير عليه بالصلاحية للشهر قبل استصداره من رئيس المحكمة المختصة . ويكون للقيد الجديد مع التأشير بمضمونه ، نفس مرتبة حق الاختصاص الأصلى[1] .

٤٧٤ — أثر شهر حق الاختصاص : ويترتب على قيد أمر الاختصاص أن يسرى هذا الأمر فى مواجهة الغير ، ويكون للدائن حق التقدم وحق التتبع على العقار الذى يتضمنه هذا الأمر .

---

(١) انظر محمود شوقى فى الشهر العقارى علما وعملا ص ٣٥٨ — ص ٣٥٩ .

والعبرة هى بأسبقية الشهر ، فإذا تم شهر اختصاصين فى يوم واحد ، كانت الأسبقية لمن قام بشهر اختصاصه قبل الآخر بحسب الساعة التى تم فيها ، وفقاً لترتيب تقديمها لمكتب الشهر المختص[١] .

٤٧٥ — القيد وتجديده ومحوه وإلغاء المحو : وكل ما قدمناه فى قيد الرهن الرسمى ، وتجديد القيد ومحوه وإلغاء المحو[٢]، ينطبق على قيد الاختصاص وتجديده[٣] ومحوه وإلغاء المحو ، فلا حاجة لتكرار ما قدمناه فى ذلك .

٤٧٦ — حق التقدم : ويستعمل حق التقدم فى الاختصاص ، كما يستعمل حق التقدم فى الرهن الرسمى[٤] .

ففيما يتعلق بالدين المضمون ، يشمل الدين أصل الدين ، وملحقاته وهذه تتضمن مصروفات القيد والتجديد وفوائد السنتين السابقتين على تسجيل تنبيه نزع الملكية والفوائد التى تستحق من هذا التاريخ إلى يوم رسو المزاد .

وفيما يتعلق بالمال ، فهو العقار المأخوذ عليه حق الاختصاص . فإذا هلك هذا العقار أو تلف ، انتقل الاختصاص بمرتبته إلى ما حل حلولا عينياً محل هذا العقار ، من تعويض أو مبلغ تأمين أو غير ذلك .

٤٧٧ — حق التتبع : ويستطيع الدائن صاحب حق الاختصاص أن يستعمل ، بمقتضى حقه ، حق التتبع فى يد الحائز للعقار المفروض عليه حق التتبع .

---

(١) محمود شوقى فى الشهر العقارى علما وعملا ص ٣٦٠ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ١٨٩ – فقرة ٢٣٥ .

(٣) استئناف مختلط ٣ يونيه سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٤٥١ .

(٤) انظر آنفاً فقرة ٢٣٧ – فقرة ٢٦٠ .

وللحائز أن يقضى الدين ، أو يطهر العقار ، أو يخليه ، أو يتحمل إجراءات نزع الملكية .

٤٧٨ — قضاء الدين : ويختار الحائز عادة قضاء الدين ، إذا كان الدين أقل من ثمن العقار . ويدفع للدائن صاحب الاختصاص كل ما يجب دفعه له من دين وملحقات وفوائد ، ويجب دفع كل ذلك لأن الاختصاص غير قابل للتجزئة .

ويرجع الحائز ، بكل ما يوفيه للدائن صاحب حق الاختصاص ، على المدين وعلى المالك السابق للعقار ، كما له أن يحل محل الدائن الذى استوفى الدين فيما له من حقوق .

ويجبر الحائز على دفع الدين فى حالتين : (١) إذا كان فى ذمة الحائز ، بسبب امتلاكه للعقار ، مبلغ مستحق الأداء حالا يكفى لوفاء جميع الدائنين المقيدة حقوقهم على العقار ، فلكل من هؤلاء الدائنين أن يجبر الحائز على الوفاء بحقه . (٢) إذا اتفق الدائنون المقيدون جميعاً على أن يطالبوا الحائز بدفع ما فى ذمته ، بقدر ما هو مستحق لهم .

٤٧٩ — تطهير العقار : ويجوز للحائز تطهير العقار ، ويختار عادة هذا الطريق إذا رأى أن قيمة العقار هى أقل من الديون المضمونة بالقيود . وقواعد التطهير فى الرهن الرسمى[1] بتطبيق هذا فى حق الاختصاص .

ونذكرها للتذكرة ، نقلا عن المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى[2] ، أن التطهير يمر على المراحل الآتية :

١ — يسجل الحائز سند ملكيته إذا كان سنداً قابلا للتسجيل . . . كالمشترى يسجل البيع ، والموهوب له يسجل الهبة ، والشفيع يسجل حكم

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٢٧٦ — فقرة ٣٠٣ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١١٧ — ص ١٢٠ .

الشفعة ، والموصى له يسجل الوصية . والغرض من ذلك تحديد الحقوق المقيدة على العقار ، بما فى ذلك حق الاختصاص ، لأنه متى سجل الحائز سند ملكيته فلا يمكن بعد هذا التسجيل أن يستجد دائن مقيد يكون قيده نافذاً فى حق الحائز . أما إذا كان سند الملكية غير قابل للتسجيل ، بأن كان عملا مادياً لا عملا قانونياً ، فلا سبيل للتسجيل فى هذه الحالة . فالحائز الذى ملك بالتقادم عقاراً يستطيع أن يطهر هذا العقار دون أن يسجل شيئاً ، لأن التقادم واقعة مادية تستعصى على التسجيل .

٢ — بعد أن يسجل الحائز سنده على النحو المتقدم ، يستطيع أن يبدأ إجراءات التطهير ، دون حاجة إلى انتظار توجيه دائن مقيد إنذاراً له بالدفع أو التخلية ، ويبقى حقه قائماً فى التطهير إلى يوم إيداع قائمة شروط البيع . وأول إجراء فى التطهير هو أن يوجه للدائنين المقيدة حقوقهم إعلاناً يشتمل على البيانات المذكورة فى المادة ١٤٨٨ ، ومن بينها بيان يذكر فيه قيمة العقار التى يقدرها ، فقد يقدر قيمة أقل من الثمن أو أكبر منه ، ولكنه يتقيد بألا يقدر قيمة أقل من السعر الذى يتخذ فى تقدير الثمن فى حالة نزع الملكية ، ولا تقل فى الوقت ذاته عن الباقى فى ذمته من ثمن العقار . ولا يعرض الحائز ما يقدره عرضاً حقيقياً ، بل يكفى أن يظهر استعداده للدفع فوراً متى قبل عرضه ، أياً كان ميعاد استحقاق الديون المقيدة ؛ فإذا أظهر هذا الاستعداد ، أصبح ملتزماً بالبقاء على ما عرضه ، ومصدر التزامه إرادته المنفردة .

٣ — وإذا وافق الدائنون المقيدون جميعاً على العرض الذى تقدم به الحائز ، أو سكتوا ستين يوماً من آخر إعلان رسمى ، اعتبر العرض مقبولا ، ووجب على الحائز أن يدفع المبلغ المعروض للدائنين بحسب مراتبهم ، أو يودعه خزانة المحكمة ، فيتطهر العقار من كل قيد ويمحى ما عليه من القيود .

أما إذا طلب أحد الدائنين المقيدين ، ويدخل فيهم الدائن صاحب الاختصاص ، أو كفيل له أو وكيل عنه وكالة خاصة ، بيع العقار ، فإن ذلك يكون بإعلان يوجه إلى الحائز فى مدى الستين يوماً المشار إليها يطلب فيه عرض العقار للبيع فى المزاد ، ولا تشترط زيادة العشر . ولكن يجب على الدائن أن يودع فى خزانة المحكمة مبلغاً كافياً لتغطية مصروفات البيع فى المزاد ، ولا يسترد هذه المصروفات إذا وقع المزاد على الحائز لعدم تقدم مزايد بعطاء أكبر مما عرض . ومتى تقدم أحد الدائنين يطلب بيع العقار على النحو الذى تقدم ، وجب عرض العقار ، فى المزاد ، ولا يجوز للدائن أن يتنازل عن طلبه إلا بموافقة جميع الدائنين والكفلاء .

٤ – يطرح العقار فى المزاد ، وتتبع الإجراءات المقررة فى البيوع الجبرية . فإن عرض مزايد مبلغاً أكبر من القيمة التى عرضها الحائز ، وقد يكون المزايد هو الدائن الذى طلب البيع أو دائناً آخر أو أجنبياً أو الحائز زاد فيما كان قد عرض ولكن لا يجوز أن يكون المدين ، رسا المزاد عليه . ووجب أن يدفع ، إلى جانب العطاء الذى تقدم به ، المصروفات التى أنفقها الحائز فى سند ملكيته ونفقات الإعلانات التى اقتضتها إجراءات التطهير ، ويرد إلى طالب البيع ما سبق أن قدمه لذلك .

وإذا لم يتقدم مزايد بعطاء أكبر ، خلصت للحائز ملكية العقار ، ولا يلتزم بدفع المبلغ الذى سبق أن عرضه . والمبلغ الذى يرسو به المزاد يودع خزانة المحكمة ، أو يدفع للدائنين بحسب مراتبهم ، فتنقضى الديون وتمحى القيود ، ويتم بذلك تطهير العقار .

٤٨٠ – **تخلية العقار** : وقد يختار الحائز قضاء الدين أو التطهير ، لكن يختار تخلية العقار حتى لا تتخذ الإجراءات فى مواجهته .

ويتخلى الحائز ، لا عن ملكية العقار ولا عن حيازته القانونية ، وإنما عن حيازته المادية وحدها ، للحارس أو أمين العقار ، حتى تتخذ فى

مواجهته إجراءات نزع ملكية العقار ، بدلا من اتخاذها فى مواجهة الحائز .

ويكون للحائز طلب التخلية من وقت إنذار الدائنين إياه بالدفع أو التخلية ، ويبقى هذا الحق قائماً إلى تاريخ رسو المزاد .

وتكون تخلية العقار بتقرير يقدمه الحائز إلى قلم كتاب المحكمة الابتدائية المختصة ، ويجب عليه أن يطلب التأشير بذلك فى هامش تسجيل التنبيه بنزع الملكية ، وأن يعلن الدائن المباشر للإجراءات بهذه التخلية فى خلال خمسة أيام من وقت التقرير بها .

ويجوز لمن له مصلحة فى التعجيل أن يطلب إلى قاضى الأمور المستعجلة تعيين حارس ، تتخذ فى مواجهته إجراءات نزع الملكية ، ويعين الحائز حارساً إذا طلب ذلك .

فإذا خلى الحائز العقار ، لم يعد من الممكن الاستمرار فى اتخاذ إجراءات التنفيذ فى مواجهته ، ولو أنه يبقى مالكاً للعقار وحائزاً له حيازة قانونية .

وإذا تمت التخلية وعين حارس للعقار اتخذت إجراءات بيع العقار فى مواجهة هذا الحارس ، ولا تختلف الإجراءات عن تلك التى تكون موجهة إلى الحائز نفسه .

ويجوز للحائز أن يدخل فى المزاد ، وأن يرسو المزاد عليه ، كما فى حالة البيع نتيجة لاتخاذ إجراءات التطهير ، وكما فى حالة نزع الملكية فى مواجهة الحائز نفسه .

فإذا رسا المزاد على غير الحائز ، انتقلت الملكية من الحائز إلى الراسى عليه المزاد ، وطبقت الأحكام التى تتعلق بنزع ملكية الحائز .

وإذا رسا المزاد على الحائز ، تأيدت ملكيته ، وطبقت أحكام رسو المزاد على الحائز فى حالة بيع العقار نتيجة لاتخاذ إجراءات التطهير .

٤٨١ — تحمل إجراءات نزع الملكية : وإذا لم يختر الحائز تطهير

العقار ، ولم يقض الدين ، ولم يتخل عن العقار ، فلا مناص من اتخاذ إجراءات نزع الملكية فى مواجهته .

ويجب لاتخاذ الإجراءات فى مواجهة الحائز أن ينذر بالدفع أو التخلية ، بعد التنبيه على المدين أو مع هذا التنبيه . ولا يجوز الإنذار قبل التنبيه .

وقد أوجب المشرع التنبيه على المدين ، مع أن إجراءات البيع ستتخذ ضد الحائز ، لأن المدين هو المسئول الحقيقى عن الدين .

ويجب أن يسجل الإنذار بالدفع أو التخلية ، وأن يؤشر بتسجيله على هامش تسجيل التنبيه خلال ١٥ يوماً من تاريخ تسجيل التنبيه ، وإلا سقط تسجيل التنبيه .

ويستمر الدائن فى اتخاذ إجراءات التنفيذ ضد الحائز ، ونزع ملكية العقار ، وهذه الإجراءات لا تختلف كثيراً عن تلك التى تتخذ ضد المدين .

٤٨٢ — نصوص حذفت : وقد كان المشروع التمهيدى يتضمن ، فى موضوع آثار الاختصاص ، عدداً من النصوص نذكرها هنا .

فقد كانت المادة ١٥٢١ من المشروع التمهيدى تنص على ما يأتى :

« على قلم الكتاب أن يبادر إلى قيد الأمر أو الحكم الصادر بالاختصاص ، وفى كل حال يجب أن يتم فى نفس اليوم الذى صدر فيه الأمر أو الحكم » .

وقد حذف هذا النص فى لجنة المراجعة إذ لا محل له ، لأن القيد موكول ، فى قانون تنظيم الشهر العقارى ، إلى ذوى الشأن يجرونه فى الوقت الذى يختارونه .

ونصت المادة ١٥٢٢ من المشروع التمهيدى على ما يأتى :

« ١ — يتم القيد بأن يدون فى السجل طلب الاختصاص ، والأمر الصادر به من رئيس المحكمة أو الحكم الصادر من المحكمة الابتدائية » .

« ٢ — ويبدأ القيد ببيان تاريخه ، ويذكر فى هامشه رقمه المتتابع » .

ورأى مجلس النواب حذف هذه المادة ، لأنها أدخل فى أعمال القائمين بالشهر .

ونصت المادة ١٥٢٣ من المشروع التمهيدى على ما يأتى :

« إذا تأخر كاتب المحكمة عن قيد الأمر أو الحكم الصادر بالاختصاص فى نفس اليوم الذى صدر فيه ، كان مسئولا عن تعويض الضرر الذى يترتب على تأخره » .

ورأت لجنة المراجعة حذف هذه المادة ، تبعاً لحذف المادة ١٥٢١ من المشروع التمهيدى .

ونصت المادة ١٥٢٤ من المشروع التمهيدى على ما يأتى :

« ١ – الاختصاصات المقيدة فى يوم واحد على عقار واحد تكون لها نفس المرتبة ، ولا يترتب على الرقم المتتابع ، ولا على الساعة التى تم فيها القيد إذا ذكرت فى السجل ، أثر فى تفضيل اختصاص على آخر » .

« ٢ – وإذا قيد رهن واختصاص فى يوم واحد ، قدم الرهن ، إلا إذا كان المدين قد رتب الرهن إضراراً بحقوق الدائن صاحب الاختصاص » .

وقد حذف هذا النص فى لجنة المراجعة ، إذ قد عدل عن مبدأ تقديم الرهن على الاختصاص ، وجعل الاختصاص كالرهن مرتبته تتحدد بالساعة التى قيد فيها ، فيتقدم على الرهن إذا قيد فى نفس اليوم ولكن فى ساعة أسبق .

ونصت المادة ١٥٢٥ من المشروع التمهيدى على ما يأتى :

« إذا كان المدين معسراً وقت قيد الاختصاص ، فلا يجوز للدائن الذى حصل على هذا الحق أن يتمسك به ، حتى لو كان حسن النية ، قبل أى دائن آخر يكون حقه ثابت التاريخ وسابقاً على قيد الاختصاص » .

وقد حذف هذا النص فى لجنة المراجعة ، اكتفاء بالحكم الوارد فى باب الإعسار .

وقد ورد فى الإعسار المادة ٢/٢٥٦ مدنى على ما يأتى :

« على أنه لا يجوز أن يحتج على الدائنين الذين يكون لهم حقوق سابقة على تسجيل صحيفة دعوى الإعسار ، بأى اختصاص يقع على عقارات المدين بعد هذا التسجيل » .

الفصل الثالث

إنقاص حق الاختصاص وانقضاؤه

٤٨٣ — الإنقاص والانقضاء : حق الاختصاص ، لأنه صادر بأمر القاضى أو بحكم المحكمة ، لا يبقى ثابتاً على حاله طول مدة بقائه .

فقد يطلب إنقاصه ، إذا كان مبالغاً فيه من أول الأمر ، أو ظهر بعد ذلك أنه مبالغ فيه . وتكون المبالغة فيه حق أول الأمر آتية فى الغالب من أن الحكم الذى أخذ الاختصاص على مقتضاه غير محدد القيمة ، وحددها رئيس المحكمة بما يزيد كثيراً على القيمة التى ظهرت فيما بعد . وتكون المبالغة فيه بعد ذلك آتية فى الغالب من ارتفاع قيمة العقارات ، فترتفع قيمة العقار المأخوذ عليه حق الاختصاص . وقد تأتى من أن المدين يدفع جزءاً من الدين ، فتصبح قيمة العقار المأخوذ عليه حق الاختصاص أكبر بكثير من الجزء الباقى من الدين .

وينقضى حق الاختصاص ، كما ينقضى حق الرهن الرسمى فيما مر إما بصورة تبعية ، أو بصورة أصلية .

نعقد مبحثين ، أولهما لإنقاص حق الاختصاص ، والثانى لانقضائه :

المبحث الأول

إنقاص حق الاختصاص

٤٨٤ — *نص قانونى* : تنص المادة ١٠٩٤ مدنى على ما يأتى :

« ١ — يجوز لكل ذى مصلحة أن يطلب إنقاص حق الاختصاص إلى الحد المناسب ، إذا كانت الأعيان التى رتب عليها هذا الحق تزيد قيمتها على ما يكفى لضمان الدين » :

« ٢ — ويكون إنقاص الاختصاص إما بقصره على جزء من العقار أو العقارات التى رتب عليها ، أو بنقله إلى عقار آخر تكون قيمته كافية لضمان الدين » .

« ٣ — والمصروفات اللازمة لإجراء الإنقاص ، ولو تم بموافقة الدائن ، تكون على من طلب الإنقاص »[1] .

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ، فى خصوص هذه المادة ، ما يأتى :

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٥٢٦ من المشروع التمهيدى : على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، ولكن المشروع كان لا يتضمن الفقرة الثالثة . وأضافت لجنة المراجعة هذه الفقرة الثالثة ، أخذتها من المادة ١٥٢٨ من المشروع التمهيدى من صدرها ، وحذفت الباقى من المادة اكتفاء بالقواعد العامة . والباقى من المادة هو « ١ — . . . . . ما لم يكن الإنقاص قد ترتب على خطأ الدائن ، فتكون المصروفات عليه فى هذه الحالة . ٢ — وإذا تقرر الإنقاص بمقتضى حكم ، فتكون مصروفات الدعوى على من خسرها ، أو يقضى بالمقاصة بحسب الأحوال » . وأصبح رقم المادة ١١٩٧ فى المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس النواب تحت رقم ١١٨٣ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٩٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٨٠ — ١٨٣) .

التقنين المدنى السابق : لا مقابل .

« ويجوز إنقاص حق الاختصاص إذا كانت قيمة العقار تزيد كثيراً على الدين . ويكون ذلك إما من طريق تظلم المدين من الأمر الصادر من القاضي بإعطاء حق الاختصاص ، أو من طريق رفع دعوى أصلية بالإنقاص إذا انقضى ميعاد التظلم . كما يجوز رفع هذه الدعوى الأصلية بالإنقاص ، إذا اختل فيما بعد التناسب بين قيمة العقار ومبلغ الدين ، لزيادة قيمة العقار أو لنقص مبلغ الدين . . . . » .

وكما يجوز للمدين أن يرفع دعوى الإنقاص ، يجوز كذلك لكل ذى مصلحة أن يرفع هذه الدعوى ، مثل ذلك دائن نال فى المرتبة للدائن صاحب الاختصاص أو دائن عادى أو حائز للعقار . ومصروفات الدعوى على من خسرها ، أو يقضى بالمقاصة حسب الأحوال . ويجوز أيضاً أن يتم الإنقاص دون حاجة إلى رفع دعوى ، بالاتفاق بين الدائن وطالب الإنقاص . والمصروفات اللازمة لإجراء الإنقاص ، سواء أجرى باتفاق أو بحكم ، تكون على من طلب الإنقاص ، ما لم يكن هناك خطأ من الدائن ، بأن يكون هو الذى بالغ دون مبرر فى أخذ اختصاص على عقار تزيد قيمته كثيراً على الدين ، فتكون المصروفات عليه فى هذه الحالة . ويكون إنقاص حق الاختصاص إما بقصره على جزء من العقار أو العقارات التى رتب عليها ، أو بنقلة إلى عقار آخر مملوك للمدين وتكفى قيمته لضمان الدين »[1].

ونتكلم ، فيما يلى ، فى المسائل الآتية :

١ ــ الأسباب التى تدعو إلى إنقاص حق الاختصاص .

٢ ــ الوسائل التى لدى المدين أو غيره للإنقاص .

٣ ــ المدعى فى الدعوى الأصلية للإنقاص .

٤ ــ كيف يكون الإنقاص .

٥ ــ مصروفات الإنقاص .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٨٢ .

٦ – الاتفاق بين المدين والدائن على الإنقاص .
٧ – نصوص حذفت .

٤٨٥ – الأسباب التي تدعو إلى إنقاص حق الاختصاص : توجد أسباب متعددة تدعو إلى طلب إنقاص حق الاختصاص ، نذكر منها الأسباب الأكثر وقوعاً في العمل وهي ثلاثة :

١ – إذا بالغ الدائن في تقدير دينه بالأكثر ، أو في تقدير عقارات المدين بالأقل ، وذلك حتى يطمئن إلى صحة تقديراته .وقد وضع المشروع التمهيدي رقماً يوقف عنده لتقدير ما إذا كانت قيمة العقارات تزيد كثيراً على الدين ، فتكون كذلك إذا زادت وقت القيد أو بعده بقدر الثلث على مبلغ الدين أو على ما يتبقى منه . وقد أخذ هذا الرقم عن المشروع الإيطالي ، ولكن النص حذف ، وترك ذلك للتقدير الحر .

٢ – إذا ارتفعت قيمة العقارات ، فبعد أن كان العقار متناسباً مع قيمة الدين ، أصبح أعلى من هذه القيمة بكثير ، ووجب في هذه الحالة إنقاصه .

٣ – إذا دفع المدين فيما بعد جزءاً كبيراً من الدين ، بحيث إذا استنزل هذا الجزء أصبح الباقي من الدين يقل كثيراً عن قيمة العقارات . ففي هذه الحالة يتعين إنقاص العقارات المحملة بحق الاختصاص ، حتى تتناسب مع الباقي من الدين . ويجب إنقاص العقار دائماً كلما دفع المدين جزءاً كبيراً من الدين .

٤٨٦ – الوسائل التي لدى المدين أو غيره للإنقاص : وسنرى فيما يلي المدعي في دعوى الاختصاص ، أي من له مصلحة في طلب الإنقاص .

وإنما يكفينا هنا أن نحدد الوسائل التي يملكها صاحب المصلحة في طلب الإنقاص ، حتى يطلبه .

وهذه الوسائل هى : (١) تظلم المدين . (٢) ودعوى أصلية بطلب الإنقاص .

فإذا وجد تفاوت كبير بين قيمة العقار وقيمة الدين منذ البداية ، كان لدى المدين فى هذه الحالة وسيلتان لطلب الإنقاص : (١) تظلم المدين ، ما دمنا فى المرحلة الأولى فى طلب الاختصاص ، فيستطيع المدين جعل إنقاص الاختصاص سبباً أساسياً لتظلمه ، وقد فتح له باب التظلم فى مبدأ الأمر كما رأينا . (٢) دعوى بالإنقاص : فإن فاته التظلم ، رجع إلى دعوى أصلية يرفعها بطلب الأنقاص .

وإذا وجد التفاوت بين قيمة العقار والدين بعد ذلك ، لم يكن أمام الإنقاص إلا الدعوى الأصلية بالإنقاص دون غيرها .

ويجوز أيضاً أن يتم الإنقاص باتفاق ودى بين الدائن وطالب الإنقاص ، فى جميع الأحوال . فإذا تم ذلك ، يجب أن يثبت هذا الاتفاق فى ورقة رسمية ، حتى يمكن التأشير بها فى هامش ، قيد حق الاختصاص .

٤٨٧ — المدعى فى الدعوى الأصلية بالإنقاص : وأغلب ما يتم الإنقاص ، أن يكون بدعوى أصلية يرفعها المدعى . فمن هو المدعى ؟ .

أكثر ما يكون هو المدين نفسه ، الذى له المصلحة الأولى فى إنقاص حق الاختصاص .

وقد يكون دائناً تالياً للدائن صاحب الاختصاص ، وتكون مصلحته

أنه متى ما تم إنقاص حق ا ختصاص ، نقص ما يأخذه الدائن صاحب ا ختصاص ، والسع تبعاً لذلك ما يأخذه الدائن التالى للدائن صاحب الاختصاص .

ومثل ذلك يقال فى الدائن العادى ، فإنه دون شك بعد الدائن صاحب الاختصزص ، فإذا أنقص حق الاختصاص ، اتسع لهذا الدائن العادى بقدر ما ضاق فى نصيب الدائن صاحب الاختصاص .

وكذلك الحائز للعقار ، فقد حل محل المدين الذى كان يملك العقار قبله ، وكما أن للمدين مصلحة فى الإنقاص تكون هذه المصلحة أيضاً للحائز .

٤٨٨ — كيف يكون الإنقاص : تقول الفقرة الثانية من المادة ١٠٩٤ مدنى ، كما رأينا [١]، ما يأتى :

« ويكون إنقاص الاختصاص إما بقصره على جزء من العقار أو العقارات التى رتب عليها ، أو بنقله إلى عقار آخر تكون قيمته كافية لضمان الدين » .

فهناك إذن طريقتان لإجراء الإنقاص :

١ — قصر حق الاختصاص على بعض العقارات ، أو على عقار واحد ، أو على جزء من عقار ، بحسب الأحوال . ويؤشر بالإنقاص فى هامش القيد السابق ، فيصبح الاختصاص بمرتبته مأخوذاً على العقارات أو العقار أو جزء من العقار الذى أنقص إليه حق الاختصاص .

٢ — نقل الاختصاص إلى عقار جديد تكون قيمته متناسبة مع قيمة الدين . ويجب أن تكون قيمة هذا العقار ، بعد استنزال ما عليه من قيود سابقة إن كانت ، كافية لضمان الدين . ويمحى القيد السابق الذى كان ضامناً قبل الإنقاص للدين ، ويجرى قيد جديد على هذا العقار الجديد ، يأخذ مرتبته من وقت قيده هو ، لا من وقت قيد الاختصاص الأول .

٤٨٩ — مصروفات الإنقاص : وتنص الفقرة الثالثة من المادة ١٠٩٤ مدنى ، كما رأينا [٢] ، على ما يأتى .

« والمصروفات اللازمة لإجراء الإنقاص ، ولو تم بموافقة الدائن ، تكون على من طلب الإنقاص » .

---

(١) آنفاً فقرة ٤٨٤ .

(٢) آنفاً فقرة ٤٨٤ .

وقد قدمنا[1] أن هذا النص هو مصدر المادة ١٥٢٨ من المشروع التمهيدى ، وبقية النص ما يأتى :

« ١ — . . . . . . ما لم يكن الإنقاص قد ترتب على خطأ الدائن ، فتكون المصروفات عليه فى هذه الحالة . ٢ — وإذا تقرر الاختصاص بمقتضى حكم ، تكون مصروفات الدعوى على حق خسرها ، أو يقضى بالمقاصة حسب الأحوال » .

ويبدو أن نص المادة ١٥٢٨ من المشروع التمهيدى حكمها معقول ، فيمكن العمل بهذا الحكم .

وعلى ذلك ، إذا كان الإنقاص بموجب حكم ، كانت مصروفات الدعوى على من خسرها . وقد يقضى القاضى بالمقاصة فى المصروفات ، بحسب الأحوال .

وإن كان الإنقاص ليس بموجب حكم ، بل كان بالاتفاق أو بناء على تظلم المدين ، تكون المصروفات على من طلب الإنقاص ، المدين أو الدائن التالى أو الدائن العادى أو الحائز . وذلك ما لم يكن هناك خطأ من الدائن ، بأن بالغ فى التقدير من أول الأمر دون مبرر ، فتكون المصروفات على الدائن .

وإذا كان طالب الإنقاص غير المدين ، جاز له الرجوع بالمصروفات على المدين[2] .

٤٩٠ — الاتفاق مع الدائن على الإنقاص : وقد يجرى الإنقاص ، لا بحكم ولا نتيجة لتظلم المدين ، ولكن باتفاق ودى بين طالب الإنقاص والدائن . فينقص الدائن طوعاً من حق الاختصاص ، لا سيما إذا كان هذا

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٤٨٤ فى الهامش فى تاريخ النص .

(٢) سليمان مرقس فقرة ٢١٧ ص ٣٤١ .

الإنقاص نتيجة لارتفاع قيمة العقارات ، أو لأن المدين قد دفع جزءاً كبيراً من الدين .

وقد قدمنا[١] أنه يجب أن يتم هذا الإنقاص فى ورقة رسمية ، حتى يمكن التأشير بها فى هامش قيد حق الاختصاص الأصلى . وهذا ما لم تكن نتيجة الإنقاص أخذ اختصاص على عقار جديد . فعند ذلك يجب إجراء قيد جديد ، وقد تقدم بيان ذلك[٢] .

٤٩١ — نصوص حذفت : وقد كان المشروع التمهيدى يتضمن عدة نصوص حذفت ، وهذه هى :

١ — كانت المادة ١٥٢٧ من المشروع التمهيدى تنص على ما يأتى : « تعتبر قيمة الأعيان التى رتب عليها الاختصاص زائدة عما يكفى لضمان الدين إذا كانت ، وقت القيد أو بعده ، تزيد بقدر الثلث عن قيمة الحقوق المقيدة مع ملحقاتها ، أو تزيد على ما يتبقى من هذه الحقوق » . وقد حذفت لجنة المراجعة هذا النص ، لأنها لم ترد أن تأخذ كالمشروع الإيطالى بقيمة تقديرية هى الثلث ، بل تركت الأمر للظروف .

٢ — كانت المادة ١٥٢٨ من المشروع التمهيدى تنص على ما يأتى : « ١ — المصروفات اللازمة لإجراء الإنقاص ، حتى لو تم بموافقة الدائن ، تكون على من طلب الإنقاص . ما لم يكن الإنقاص قد ترتب على خطأ الدائن ، فتكون المصروفات عليه فى هذه الحالة . ٢ — وإذا تقرر الإنقاص بمقتضى حكم ، فتكون مصروفات الدعوى على من خسرها ، أو يقضى بالمقاصة فيها حسب الأحوال » . وقد نقلت لجنة المراجعة صدر الفقرة الأولى من هذه المادة إلى الفقرة الثالثة من المادة ١٠٩٤ مدنى ، وحذفت بقية المادة اكتفاء بالقواعد العامة[٣] .

---

[١] انظر آنفاً فقرة ٤٨٦ .

[٢] انظر آنفاً فقرة ٤٨٨ .

[٣] انظر آنفاً فقرة ٤٨٩ .

٣ - كانت المادة ١٥٢٩ من المشروع التمهيدى تنص على ما يأتى : « ينقضى حق الاختصاص بنفس الطرق التى ينقضى بها حق الرهن الرسمى » . وقد حذفتها لجنة المراجعة ، اكتفاء بتعديل المادة ١٥٢٠ من المشروع التمهيدى[1] تعديلا يغنى عن حكم المادة ١٥٢٩ .

المبحث الثانى

انقضاء حق الاختصاص

٤٩٢ — انقضاء حق الاختصاص بانقضاء الرهن الرسمى : ينقضى حق الاختصاص بنفس الطرق التى ينقضى بها حق الرهن الرسمى .

وقد ورد ذلك صراحة فى آخر المادة ١٠٩٥ مدنى ، فقد رأيناها[2] تقول :

« . . . . . ويسرى على الاختصاص ما يسرى على الرهن الرسمى من أحكام ، وبخاصة ما يتعلق . . . . . وانقضائه . . . . . » .

٤٩٣ — الانقضاء يتم بالاتفاق : فقد يتم انقضاء حق الاختصاص بالاتفاق ، فيتفق الدائن مع المدين مثلا على انقضاء حق الاختصاص ، ومحو القيد المترتب على وجوده .

٤٩٤ — الانقضاء يتم بطريق تبعى : وقد يتم الانقضاء بطريق تبعى كالرهن ، فإذا انقضى الدين المضمون بالاختصاص بوجه من أوجه انقضاء الديون ، انقضى الاختصاص تبعاً لانقضاء الدين .

---

(١) وتقابل المادة ١٠٩٥ مدنى وجاء فيها أن انقضاء الاختصاص يكون كانقضاء الرهن الرسمى .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٤٥٧ .

٤٩٥ — الانقضاء بتم بطريق أصلي : وقد ينقضى الاختصاص بطريق أصلي ، فينقضى هو وحده دون أن ينقضى الدين :

ويتم ذلك ، كالرهن الرسمى ، بتمام إجراءات التطهير ، وببيع العقار بيعاً جبرياً بالمزاد العلنى ، وبعدم سماح مرتبة الدائن صاحب الاختصاص باستيفاء حقه من العقار .

ويتم كذلك ، كالرهن الرسمى : بنزول الدائن عن حق الاختصاص ، وباتحاد الذمة فى العقار ، وبهلاك العقار .

الباب الثالث

الرهن الحيازى

تمهيد

٤٩٦ — تعريف الرهن الحيازى : نصت المادة ١٠٩٦ مدنى على أن « الرهن الحيازى عقد به يلتزم شخص ، ضماناً لدين عليه أو على غيره ، أن يسلم إلى الدائن أو إلى أجنبي يعينه المتعاقدان ، شيئاً يرتب عليه الرهن حقاً عينياً يخوله حبس الشيء لحين استيفاء الدين ، وأن يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التالين له فى المرتبة فى اقتضاء حقه من ثمن هذا الشيء فى أى يد يكون »(1).

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٥٣٠ من المشروع التمهيدى . وعدلته لجنة المراجعة تعديلا لفظياً ، وأصبح رقمه ١٢٠٠ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١٨٥ . وفى لجنة مجلس الشيوخ استبدلت اللجنة بلفظ « عدل » لفظ « أجنبى » ، فصار النص ، تحت رقم ١٠٩٦ ، مطابقا لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٩١ – ص ١٩٤) .

التقنين المدنى السابق م ٥٤٠ فقرة أولى / ٦٦٢ فقرة أولى : الرهن عقد به يضع المدين شيئا فى حيازة دائنه أو فى حيازة من اتفق عليه العاقدان تأمينا للدين ، وهذا العقد يعطى الدائن حق حبس الشيء المرهون لحين الوفاء بالتمام ، وحق استيفاء دينه من ثمن المرهون مقدما بالامتياز على من عداه .

م ٥٤٨ / ٦٧١ : ويجوز رهن شيء تأمينا لدين على شخص غير الراهن .

التقنينات المدنية العربية الأخرى :

— التقنين المدنى السورى م ١٠٢٨ : رهن المنقول عقد يخصص بمقتضاه شىء منقول ، مادى أو غير مادى ، بتأمين التزام ما . م ١٠٣٠ : ١ – يتم رهن الشىء المادى بأن يسلم المدين – أو شخص آخر بالنيابة عنه – هذا الشىء إلى الدائن تأميناً لدين ما . ٢ – يجوز أن يسلم الشىء إلى شخص آخر يختاره الفريقان ، أو أن يوضع قيد الحراسة المشتركة على وجه لا يمكن معه الراهن أن يتصرف فيه بمعزل من الدائن . ٣ – ويجوز أن يتم التسليم بأداء سند يحصر فى مستلمه حق التصرف فى ذلك الشىء . ٤ – وتطبق أيضاً على إنشاء رهن المنقول القواعد الخاصة المنصوص عليها فى قانون التجارة بشأن حيازة الأسناد المنشأة لحاملها . م ١٠٤٦ : من رهن دينا له يلزمه أن يسلم المرتهن السند المثبت لهذا الدين . م ١٠٥٥ : الرهن عقد يضع بموجبه المدين عقارا فى يد دائنه ، أو فى يد شخص آخر يتفق عليه الطرفان ، ويخول الدائن حق حبس العقار إلى أن يدفع له دينه تماما . وإذا لم يدفع له الدين ، فله الحق بملاحقة نزع ملكية مدينه بالطرق القانونية . م ١٠٥٦ : لا يجوز تخصيص الرهن لضمان التزام بعمل أو عدم عمله .

التقنين المدنى الليبى م ١١٠٠ : الرهن الحيازى عقد به يلتزم شخص ، ضمانا لدين عليه أو على غيره ، أن يسلم إلى الدائن أو إلى أجنبى يعينه المتعاقدان ، شيئا يرتب عليه الدائن حقا عينيا يخوله حبس الشىء لحين استيفاء الدين ، وأن يتقدم الدائنين العاديين والدائنين التالين له فى المرتبة فى اقتضاء حقه من ثمن الشىء فى أى يد يكون .

التقنين المدنى العراقى م ١٣٢١ : الرهن الحيازى عقد به يجعل الراهن مالا محبوسا فى يد المرتهن أو فى يد عدل بدين يمكن للمرتهن استيفاؤه منه ، كلا أو بعضا ، مقدما على الدائنين العاديين والدائنين التالين فى المرتبة فى أى يد كان هذا المال . م ١٣٢٢ : ١ – يشترط لتمام الرهن الحيازى ولزومه على الراهن أن يقبض المرتهن المرهون . ٢ – ونفقات العقد على الراهن ، إلا إذا اتفق على غير ذلك . م ١٣٢٣ : ١ – يد العدل كيد المرتهن ، فلو اتفق الراهن والمرتهن على إيداع المرهون عند أمين ، ورضى الأمين وقبض المرهون ، تم الرهن ولزم . ولو اتفق حين العقد على قبض المرتهن المرهون ، ثم وضعه الراهن والمرتهن بالاتفاق فى يد عدل جاز ذلك . ٢ – وليس للعدل أن يسلم المرهون للراهن أو المرتهن بدون رضاء الآخر ما دام الدين باقيا ، وإن أعطاه كان له استرداده ، وإذا هلك قبل الاسترداد ضمن العدل قيمته . ٣ – وإذا توفى العدل يودع الرهن عند عدل غيره بتراضى الطرفين ، وإن لم يحصل بينهم اتفاق فالمحكمة تضعه فى يد عدل تختاره .

قانون الملكية العقارية اللبنانى م ١٠١ : الرهن عقد يضع بموجبه المديون عقارا فى يد عدل ، ويخول الدائن حق حبس العقار إلى أن يدفع له دينه تماما . وإذا لم يدفع الدين ، فله الحق بملاحقة نزع ملكية مديونه بالطرق القانونية . م ١٠٢ : لا يجوز تخصيص الرهن لضمان موجبات بعمل شىء أو بعدم عمله .

ويؤخذ من هذا النص أن الرهن الحيازى تغير عما كان عليه فى التقنين المدنى القديم . فى التقنين المدنى القديم ، كان الرهن الحيازى عقداً عينياً « به يضع المدين شيئاً فى حيازة دائنه أو فى حيازة من اتفق عليه العاقدان تأميناً للدين » (م ٥٤٠ فقرة أولى/٦٦٢ فقرة أولى مدنى قديم) . فكان لا يتم الرهن الحيازى ، إلا إذا وضع المدين الشىء المرهون فى حيازة الدائن (أو فى حيازة أجنبى يتفق عليه المتعاقدان) . أما فى التقنين المدنى الجديد ، فتسليم الشىء المرهون لم يعد ركناً فى العقد ، بل صار مجرد التزام يتولد من العقد بعد تمامه فى ذمة المدين ، أى أن الرهن الحيازى أصبح عقداً رضائياً ينعقد بمجرد تبادل الإيجاب والقبول المتطابقين دون حاجة إلى التسليم ، بعد أن كان فى التقنين المدنى القديم لا ينعقد إلا بالإيجاب والقبول والتسليم . وفى هذا تقول المادة ١٠٩٦ مدنى جديد ، كما رأينا ، « الرهن الحيازى عقد به يلتزم شخص . . . أن يسلم إلى الدائن . . . شيئاً . . . » . فواضح من ذلك أن التسليم أصبح الآن مجرد التزام ، ولم يعد ركناً كما فى الماضى ، وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « يلاحظ من تعريف الرهن الحيازى أن رهن الحيازة يختلف عن الرهن الرسمى فى أنه عقد رضائى ، وقد أصبح التسليم فيه التزاماً لا ركناً . . . »[1] .

وإلى جانب الحيازة وأنها ضرورية فقط لنفاذ الرهن الحيازى فى حق الغير لا لانعقاد الرهن ، يوجد أيضاً الحبس . فالرهن الحيازى ، كما يؤخذ من التعريف المتقدم ، يستلزم أن حبس الشىء المرهون يثبت للدائن المرتهن حتى يستوفى الدين . أما بقية التعريف ، وأن الدائن المرتهن رهن حيازة يستوفى دينه متقدماً ومتتبعاً ، فهذه المعانى مشتركة بين الرهن الحيازى والرهن الرسمى . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد « رهن الحيازة يختلف عن الرهن الرسمى . . . . فى أن العين المرهونة

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٩٣ .

قد تكون عقاراً أو منقولا ، وفى أن الحيازة ضرورية لنفاذ الرهن فى حق الغير ، وفى أن الحبس ثابت للدائن حتى يستوفى الدين . أما ترتيب حق عينى على الشيء المرهون يستوفى بمقتضاه الدائن الدين متقدماً ومتتبعاً ، فهذه المعانى مشتركة بين الرهن الحيازى والرهن الرسمى»[١] .

ونرى من ذلك أن التعريف جعل فرقاً بين الرهن الحيازى والرهن الرسمى فى الحيازة وأنها التزام فى الرهن الحيازى ، وفى الحبس وأنه يبقى لحين استيفاء المرتهن رهن حيازة دينه ، وفى أن الشيء المرهون يصح أن يكون فى رهن الحيازة منقولا أو عقاراً . وفيما عدا ذلك ، من حيث التقدم والتتبع ، حكم الرهن الحيازى هو حكم الرهن الرسمى .

٤٩٧ — خصائص عقد الرهن الحيازى : ومن خصائص عقد الرهن الحيازى أنه : (١) عقد رضائى يلزم للجانبين (consensuel et synallegnatique) (٢) عقد تابع (accessoire) . (٣) عقد غير قابل للتجزئة (indivisible) .

٤٩٨ — الرهن الحيازى عقد رضائى ملزم للجانبين : لم يكن الرهن الحيازى عقداً رضائياً فى التقنين المدنى القديم ، بل كان عقداً عينياً كما قدمنا . فكان لا ينعقد ، إلا إذا تم تسليم الشيء المرهون تسليماً فعلياً إلى الدائن[٢] أما فى التقنين المدنى الجديد ، فقد أصبح الرهن الحيازى عقداً

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٩٣ .

(٢) الإسكندرية ٤ فبراير سنة ١٩٠٧ الحقوق ٢٣ ص ٣١ . وقبل التسليم كان العقد مجرد وعد بالرهن ، فيجوز للقاضى أن يجبر الواعد على تسليم العين ، ويجوز أن يحكم عليه بتعويض لعدم التسليم (استئناف وطنى ١٩ يناير سنة ١٩١٦ الشرائع ٣ رقم ١١١ ص ٣٦٧) .

ولكنه لا يكون رهنا إلا من تمت تسليم الشيء إلى الدائن (بون فقرة ١٠٦٤ — جيوار فقرة ٢٠ — بودرى ودى لوان فقرة ٧) ، لا قبل ذلك (استئناف مختلط ٢٣ مارس سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢٣٦) .

رضائياً ، ينعقد بمجرد تبادل إيجاب وقبول متطابقين ، ولا ضرورة لتسليم الشيء المرهون إذ التسليم التزام لا ركن[1] .

وكان الرهن الحيازى ، عند ما كان عقداً عينياً فى التقنين المدنى القديم وكان تسليم الشيء المرهون ركناً لا التزاماً ، يعتبر فى الغالب عقداً ملزماً لجانب واحد ، هو جانب الدائن المرتهن . فإن هذا الدائن يلتزم بالمحافظة على الشيء المرهون واستثماره ورده عند انقضاء الرهن وتقديم حساب عن ذلك ، أما المدين فكان لا يلتزم حتى بالتسليم لأن التسليم كان ركناً لا التزاماً[2] . أما فى التقنين المدنى الجديد ، فلا شك فى أن الرهن الحيازى عقد ملزم للجانبين ، إذ إلى جانب التزامات الدائن المرتهن التى سبق ذكرها يلتزم المدين الراهن بتسليم العين المرهونة ، منقولا كانت أو عقاراً ، إلى الدائن المرتهن ، فقد أصبح التسليم التزاماً فى ذمة المدين لا ركناً فى العقد . فيختلف الرهن الحيازى عن الرهن الرسمى فى ذلك ، فإن الرهن الرسمى هو عقد ملزم لجانب واحد ، هو جانب الراهن ، أما الدائن المرتهن فلا يلتزم بشيء[3] .

٤٩٩ — الرهن الحيازى عقد تابع : فهو يستلزم وجود التزام أصلى يضمنه ، شأنه فى ذلك شأن الكفالة والرهن الرسمى وحق الاختصاص . وهذا الالتزام الأصلى ، إذا كان باطلا أو قابلا للإبطال أو انقضى ، يتبعه الرهن الحيازى فى ذلك فيكون باطلا أو قابلا للإبطال أو منقضياً[4] .

---

(١) وقبل التسليم يتم الرهن الحيازى ويترتب الحق العينى ، ويستطيع الدائن أن ينفذ بحقه على العين المرهونة باعتباره دائناً مرتهناً ، ولكن لا يتقدم ولا يتبع لأن الرهن الحيازى لا ينفذ فى حق الغير قبل التسليم (محمد كامل مرسى فقرة ٢٧٢ ص ٣٥١) .

(٢) لوران ٢٨ فقرة ٤٣٧ — جيوار فقرة ٢١ .

(٣) انظر محمد كامل مرسى فقرة ٢٢ وفقرة ٢٧٤ .

(٤) استئناف مختلط ٦ يناير سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٤٩ — محمد كامل مرسى فقرة ٢٧٣ ص ٣٥٢ —ولكن لا يترتب على بطلان الرهن الحيازى ذاته أو قابليته للإبطال أو انقضائه

وإذا كان الالتزام الأصلى تجارياً ، كانت المنازعات الخاصة بانعقاد الرهن وتنفيذه من اختصاص المحكمة التجارية ، ولو كان من قرر الرهن ليس بتاجر[1] . ولا يشترط فى الرهن التجارى شكل خاص ، ويجوز إثباته بجميع طرق الإثبات[2] .

والالتزام الأصلى الذى يضمنه الرهن الحيازى يصح أن يكون محله ، كما هو الغالب ، مبلغاً من النقود . ولكن يصح أيضاً أن يكون محله التزاماً بعمل ، أو بالامتناع عن عمل ، أو بنقل حق عينى[3] .

ويصح أن يكون الالتزام الأصلى مقروناً بأجل ، أو معلقاً على شرط . وعند ذلك يكون الرهن الحيازى ذاته مقروناً بنفس الأجل ، أو معلقاً على نفس الشرط .

= أن يكون الالتزام الأصلى مثله ، فقد يكون الالتزام الأصلى فى هذه الحالة صحيحا قائماً ، لأن الالتزام الأصلى متبوع لا تابع والمتبوع قد يبقى مع زوال التابع (بودرى ودى لوان فقرة ٩) .

وإذا كان الراهن غير المدين ، أى كان كفيلا عينيا ، فللكفيل العينى أن يتمسك بأوجه الدفع الخاصة به ، وأن يتمسك أيضاً بأوجه الدفع المتعلقة بالالتزام الأصلى من بطلان أو انقضاء حتى لو نزل المدين عنها (محمد كامل مرسى فقرة ٢٧٣ ص ٣٥٢) . وقد نصت المادة ١٠٩٨ مدنى على أن المادة ١٠٤٢ مدنى تسرى على الرهن الحيازى ، وتنص المادة ١٠٤٢ مدنى على ما يأتى : « ١ – لا ينفصل الرهن عن الدين المضمون ، بل يكون تابعاً له فى صحته وفى انقضائه ، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك . ٢ – وإذا كان الراهن غير المدين ، كان له ، إلى جانب تمسكه بأوجه الدفع الخاصة به ، أن يتمسك بما للمدين من أوجه الدفع الخاصة بالدين ، ويبقى له هذا الحق ولو نزل عنه المدين » .

(١) لوران ٢٨ فقرة ٤٣٦ – پون فقرة ١٠٦٠ – جيوار فقرة ١٩ – بودرى ودى لوان فقرة ٩ – دى هلتس فقرة ٤ – محمد كامل مرسى فقرة ٢٧٣ ص ٣٥٢ – استئناف مختلط ١٨ مارس سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ١٢٩ .

(٢) استئناف مختلط ٩ مايو سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢٨٦ .

(٣) بودرى ودى لوران فقرة ١٠ – پلانيول وريبير وبيكيه فقرة ٧٥ .

وفى أكثر الأحوال ، يضمن الرهن الحيازى قرضاً كالتزام أصلى ، ولكن قد يعقد الرهن الحيازى لضمان التزامات ناشئة عن بيع أو إجارة أو شركة أو أى عقد آخر [١].

وقد يضمن الرهن الحيازى التزاماً أصلياً هو التزام مستقبل أو احتمالى [٢]، كالتزام الناتج من فتح اعتماد [٣] ، ويسقط الرهن إذا كان الالتزام الأصلى لا يتولد [٤] . وقد نصت المادة ١٠٤٠ مدنى [٥] على ما يأتى : « يجوز أن يترتب ضماناً لدين معلق على شرط أو دين مستقبل أو دين احتمالى كما يجوز أن يترتب ضماناً لاعتماد مفتوح أو لفتح حساب جار ، على أن يتحدد فى عقد الرهن مبلغ الدين المضمون أو الحد الأقصى الذى ينتهى إليه هذا الدين » [٦] .

٥٠٠ — **الرهن الحيازى عقد غير قابل للتجزئة :** وتنص المادة ١٠٤١ مدنى [٧] على ما يأتى :

« كل جزء من العقار أو العقارات المرهونة ضامن لكل الدين ، وكل

---

(١) محمد كامل مرسى فقرة ٢٧٣ ص ٣٥٥ .

(٢) استئناف مختلط ٢٤ أبريل سنة ١٩٣٢ م ٤٥ ص ٢٤٩ .

(٣) استئناف مختلط ٩ مايو سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢٨٦ .

(٤) جيوار فقرة ١٤٣ — بودري ودى لوان فقرة ١٠ — بلانيول وريبير وبيكيه فقرة ٧٥ — دى هلتس فقرة ٥ — هالتون ص ٢٥٠ — ٢٥١ .

(٥) وتنطبق على الرهن الحيازى بموجب المادة ١٠٩٨ مدنى .

(٦) ويجوز أن يكون الالتزام الأصلى التزاما يعقده مدين ناقص الأهلية وفى هذه الحالة يكون الراهن كفيلا عينيا ، كما يجوز أن يكون الالتزام الأصلى التزاماً طبيعيا ولكن يكون التزام الراهن التزاما طبيعياً كذلك ولا يمكن إجبار الراهن على تنفيذه (بودرى ودى لوان فقرة ١٠ — جوسران ٢ فقرة ١٥١٦ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٦٧٧ — محمد كامل مرسى فقرة ٢٧٣ ص ٣٥٤) .

(٧) وهى متعلقة بالرهن الرسمى ولكنها تسرى على رهن الحيازة بموجب المادة ١٠٩٨ مدنى .

جزء من الدين مضمون بالعقار أو العقارات المرهونة كلها ، ما لم ينص القانون أو يقض الاتفاق بغير ذلك » .

فإذا كان الدين المضمون بالرهن الحيازى جزءين متساويين ، وكان الشيء المرهون عقاراً أو منقولا متساويى القيمة ، كان كل جزء من الدين مضموناً بكل الرهن ، وكان كل جزء من الرهن ضامناً لكل الدين .

فلو قسم الدين المضمون إلى جزئيه المتساويين وحول كل جزء منهما إلى شخص ، لم يجز لأى شخص من الشخصين المحال لهما أن يدفع نصف الدين ليخلص جزءه ، بل إن جزءه مضمون بكل الرهن لا بنصفه فقط ؛ وما لم يدفع كل الدين وبقى منه نصفه مثلا ، فإن الرهن كله يبقى ضامناً لهذا النصف الذى لم يدفع .

ولو قسم الشيء المرهون ، فأعطى العقار لشخص والمنقول لآخر ، ودفع من أخذ المنقول نصف الدين ، لم يخلص منقوله بذلك ، بل يبقى مرهوناً على نصف الدين الذى لم يدفع .

وهكذا يصدق القول بأن كل جزء من الدين مضمون بكل الرهن ، وبأن كل جزء من الرهن ضامن لكل الدين ، وهذا هو المعنى المقصود من القول بأن الرهن الحيازى عقد غير قابل للتجزئة[١].

وعدم تجزئة الرهن الحيازى من طبيعة الرهن (sa nature) لا من مستلزماته (non de l'essence) ، فيجوز الاتفاق على عكس ذلك وعلى أن بعض المرهون يتخلص بوفاء بعض الدين[٢].

---

(١) وإذا نباع بعض المرهون أو هلك ، فإن الباقى من المرهون يبقى مرهونا فى كل الدين (دعوى مذ.س فقرة ٨) . وينبنى على عدم قابلية الرهن للتجزئة أن دعوى بطلان الرهن تكون أيضاً غير قابلة للتجزئة ، فلا يجوز أن يستقل برفعها بعض المدنيين دون بعض (نقض فرنسى ٢٨ أبريل سنة ١٨٥٧ دالوز ٥٧ – ١ – ٢١٩) .

(٢) لوران فقرة ٥٠٣ – جيوار فقرة ٦٢٧ – بودرى ودى لوان فقرة ١٠٣ – نقض فرنسى ١٨ ديسمبر سنة ١٨٦٦ دالوز ٦٧ – ١ – ٣٠٧ .

٥٠١ — الرهن الحيازى والرهن الرسمى : يختلف الرهن الحيازى عن الرهن الرسمى فيما يأتى :

١ — من حيث العقد : الرهن الحيازى عقد رضائى فلا تشترط فيه الرسمية ، فأى إيجاب وقبول متطابقين على رهن حيازى يكفيان فى عقد الرهن الحيازى . أما الرهن الرسمى ، فقد رأينا أنه يشترط فيه أن يكون العقد رسمياً ، فلا ينعقد بعقد عرفى .

٢ — من حيث المحل : محل الرهن الحيازى يصح أن يكون عقاراً وأن يكون منقولا ، وليس القيد ضرورياً لسريان الرهن الحيازى فى مواجهة الغير إلا إذا كان محل الرهن الحيازى عقاراً . أما الرهن الرسمى ، فلا يكون محله إلا عقاراً ، ولا يقع على منقول ، ولذلك يكون القيد ضرورياً فى الرهن الرسمى ليكون الرهن نافذاً فى حق الغير ، ولا يرهن منقول رهناً رسمياً .

٣ — من حيث المضمون : يخول الرهن الحيازى حبس الشىء المرهون ، منقولا كان أو عقاراً ، حتى يستوفى الدائن دينه . أما الرهن الرسمى ، فلا يخول الدائن حق الحبس ، وكل ما للدائن إذا حل دينه هو أن ينفذ على العقار المرهون رهناً رسمياً ، متقدماً ومتتبعاً .

٤ — من حيث الحيازة : فى الرهن الحيازى يوجد التزام على الراهن هو أن يسلم الشىء المرهون ، منقولا كان أو عقاراً ، للدائن المرتهن (أو أجنبى) يحافظ عليه ويديره ويستغله . أما فى الرهن الرسمى ، فيبقى العقار المرهون فى حيازة الراهن ، ولا ينتقل منه إلى أحد .

ويشترك الرهن الحيازى مع الرهن الرسمى فيما يأتى :

١ — كل من الرهن الحيازى والرهن الرسمى لا ينشأ إلا من عقد ، فلا ينشأ بحكم كما فى الاختصاص ، ولا بنص فى القانون كما فى حقوق الامتياز .

٢ – كل من الرهن الحيازى والرهن الرسمى يتضمن حقاً عينياً ، أى سلطة مباشرة على مال معين ، فينفذ قبل الكافة .

٣ – كل من الرهن الحيازى والرهن الرسمى يتضمن حقاً تبعياً ، فيتبع الحق المضمون وجوداً وعدماً . ويجوز للراهن أن يتمسك قبل المرتهن بكل الدفوع التى تؤثر فى الحق المضمون [١].

٤ – كل من الرهن الحيازى والرهن الرسمى يتضمن حقاً لا يتجزأ ، فتبقى سلطة الدائن المرتهن على المال المرهون كله ، حتى يستوفى كل الدين المضمون [٢].

٥ – كل من الرهن الحيازى والرهن الرسمى يخول الدائن المرتهن أن ينفذ على العين المرهونة ، مستعملا فى ذلك حقى التقدم والتتبع .

وواضح أن عقد الرهن الحيازى سبق عقد الرهن الرسمى فى الوجود . فعقد الرهن الحيازى موجود فى الشرائع القديمة ، وكان بعض هذه الشرائع لا يعرف الرهن الرسمى . وقد عرفت الشريعة الإسلامية رهن الحيازة ، وكانت الحيازة تنتقل فيه بدلا من انتقال الملكية التى كانت تنتقل فى أول الأمر ، ولا تكاد الشريعة الإسلامية تعرف الرهن الرسمى .

٥٠٢ – الرهن الحيازى فى مصر : وبالرغم من تفوق الرهن الرسمى على الرهن الحيازى ، إلا أن الرهن الحيازى لا يزال محتفظاً ببعض المزايا . فالرهن الحيازى لا يحتاج إلى رسمية فى عقده ، ويحتاجها الرهن الرسمى . والرهن الحيازى يرد على العقار وعلى المنقول ، فى حين أن الرهن الرسمى لا يرد إلا على عقار فلا يرد على منقول .

---

(١) وإذا تقرر بطلان الدين بسبب عدم أهلية المدين ، فإن الرهن المقدم من غير المدين تأمينا لهذا الدين يبطل تبعاً لذلك ، ويتعين رد المرهون إلى الراهن (استئناف مختلط ٦ يناير سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٤٩) .

(٢) استئناف وطنى ٣٠ مايو سنة ١٩٠٥ الاستقلال ٤ رقم ٤٠٤ ص ٤٥٩ – استئناف مصر ٢٣ فبراير سنة ١٩٢٥ المحاماة ٥ رقم ٤٢٩ ص ٥١٥ .

هذه المزايا ، وإلى جانبها بل أهم منها ألفة الناس ، وبخاصة فى الريف ، التعامل بالرهن الحيازى أكثر من التعامل بالرهن الرسمى ، جعلت رهن الحيازة لا يزال فى ازدهار إلى اليوم ، لا سيما بين الفلاحين حيث يعتبر رهن الحيازة من أهم وسائل الائتمان . فحيازة المال المرهون واستثماره والاحتفاظ بغلته خصما من الفوائد وأصل الدين ، يعلق عليها الدائنون فى الريف أهمية كبيرة . فينتقل إلى الدائن تكليف العقار المرهون ، ويوفر ذلك عنده مزيداً من الطمأنينة . ويستغل المال المرهون ، حتى يستوفى من غلته دينه ، ثم يرده بعد استيفاء الدين .

ولا شك فى أن رهن الحيازة لا يزال له مكان مرموق ، ولن يزول هذا المكان إلا إذا توافر لدى الفلاح من الإدارة المنظمة ومن التخصص فى المطالبة والتنفيذ ما يجعله فى غير حاجة إلى حيازة المال المرهون . وعند ذلك يرجح الفلاح الرهن الرسمى على رهن الحيازة ، أسوة بالمصاريف وبالبيوت المالية الكبيرة .

وقد أخذ الرهن الرسمى فى الانتشار ، بعد أن أنشئت مأموريات كثيرة لتوثيق العقود الرسمية فى جميع البلاد ، وبعد أن أصبح الرهن الحيازى العقارى خاضعاً للقيد كالرهن الرسمى[1] .

٥٠٣ — نظرة عامة من المذكرة الإيضاحية : وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ، فى النظرة العامة بشأن رهن الحيازة ، ما يأتى :

« لم يلتزم التقنين الحالى (السابق) فى ترتيب نصوص رهن الحيازة منطقاً ظاهراً ، أما المشروع فقد رتب هذه النصوص ترتيباً منطقياً ، فبسط القواعد العامة لرهن الحيازة متوخياً نفس الترتيب الذى اتبعه فى الرهن الرسمى ، وفى حق الاختصاص ، بأن ذكر أركان الرهن ، وخص بالذكر

---

(١) سليمان مرقس فقرة ٢٢٠ .

الراهن والمال المرهون والدين المضمون . وأحال فى كثير من هذه المسائل على أحكام الرهن الرسمى . ثم بسط آثار الرهن فيما بين المتعاقدين وبالنسبة للغير . فذكر فى آثار الرهن فيما بين المتعاقدين التزامات الراهن والتزامات المرتهن ، ويتبين من ذلك أن رهن الحيازة عقد ملزم للجانبين فى حين أن الرهن الرسمى عقد ملزم لجانب واحد . أما فى آثار الرهن بالنسبة للغير ، فقد عرض المشروع كما يترتب على رهن الحيازة من الحق فى الحبس وفى التقدم والتتبع . وانتهى بالأسباب التى ينقضى بها الرهن . بصفة تبعية أو بصفة أصلية . ثم عرض المشروع بعد ذلك للقواعد الخاصة بالرهن إذا وقع على عقار أو على منقول أو على دين » .

« وقد استحدث المشروع نصوصاً أدخل بها كثيراً من التعديلات على أحكام التقنين الحالى (السابق) وتدارك بها وجوه النقص والاقتضاب فى هذه الأحكام ، ويتلخص أهمها فيما يأتى : »

« ١ — جعل المشروع رهن الحيازة عقداً رضائياً ، وهو عقد عينى فى التقنين الحالى (السابق) » .

« ٢ — أخضع المشروع رهن الحيازة لنظام القيد ، وهو خاضع فى التقنين الحالى (السابق) لنظام التسجيل . ونظام القيد لرهن الحيازة خير بكثير من نظام التسجيل ، لان القيد يجدد كل عشر سنوات كما تقدم . فيمكن عند البحث عما يثقل العقار من رهون الحيازة ، أن يقتصر البحث على عشر سنوات كما هو الأمر فى الرهن الرسمى وحق الاختصاص وحقوق الامتياز ، وكلها خاضعة لنظام القيد » .

« ٣ — بين المشروع بعض أحكام الكفيل العينى الذى قدم رهناً حيازياً ، فقرر أنه لا يجوز التنفيذ على ماله إلا ما رهن ، ويكون له حق الدفع بالتجريد ، ويجوز له التمسك بما للمدين من الدفوع » .

« ٤ — بين المشروع بوضوح ما هى التزامات الراهن ، فهو يضمن

الرهن ، ولا يجوز أن يأتى عملا ينقص من قيمته ، ويضمن هلاك الشيء المرهون على النحو المقرر فى الرهن الرسمى » .

« ٥ – يسر المشروع كثيراً من إجراءات بيع الشيء المرهون إذا كان منقولا ، فأجاز بيعه بسعره فى البورصة أو السوق حتى قبل حلول الدين إذا كان مهدداً بالهلاك أو عرضت فرصة ملائمة للبيع . بل يجوز للدائن أن يطلب من القاضى أن يأمر بتمليكه المنقول وفاء للدين ، على أن يحسب عليه بقيمته حسب تقدير الخبراء » .

« ٦ – طبق المشروع أحكام الرهن فى حالة ما إذا كان الشيء المرهون ديناً ، فعرض لتفصيلات هامة لا نجدها فى التقنين الحالى (السابق) »[1].

٥٠٤ – خطة البحث : وسنبحث الرهن الحيازى ، على النحو الذى اتبعناه فى الرهن الرسمى ، فى فصول ثلاثة ، ونزيد فصلا رابعاً كما فعل التقنين الجديد نتكلم فيه فى بعض أنواع الرهن الحيازى إذا وقع على عقار أو منقول أو دين .

وعلى ذلك نعقد فصولا أربعة :

١ – الفصل الأول – إنشاء الرهن الحيازى .

٢ – الفصل الثانى – آثار الرهن الحيازى .

٣ – الفصل الثالث – انقضاء الرهن الحيازى .

٤ – الفصل الرابع – بعض أنواع الرهن الحيازى (العقار والمنقول والدين) :

---

(١) انظر فى ذلك مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٨٩ – ١٩٠ .

الفصل الأول

إنشاء الرهن الحيازي

٥٠٥ — عقد الرهن الحيازي عقد رضائي — أركانه : رأينا أن عقد الرهن الحيازي ، بعد أن كان في التقنين المدني السابق عقداً عينياً ، أصبح الآن في التقنين المدني الجديد عقداً رضائياً ، ينعقد بمجرد تبادل إيجاب وقبول متطابقين على رهن حيازي ، دون حاجة إلى رسمية في الرهن الرسمي ، ودون حاجة إلى نقل الحيازة كما في التقنين المدني السابق وقد أصبح نقل الحيازة في التقنين المدني الجديد التزاماً في العقد لا ركناً فيه .

ويلفت النظر في رهن الحيازة أركانه ، وهي :

١ — المتعاقدان ، وهما الراهن والدائن المرتهن .

٢ — المال المرهون ، وقد يكون عقاراً أو منقولا .

٣ — الدين المضمون ، وهو كالدين المضمون في الرهن الرسمي.

فنتكلم في إيجاز في كل من هذه الأركان الثلاثة ، ونعقد لكل منها مبحثاً .

المبحث الأول

المتعاقدان

٥٠٦ — الراهن قد يكون المدين أو كفيلا عينيا : في أغلب الأحوال يكون الراهن هو نفس المدين ، يرهن شيئاً من ماله رهن حيازة تأميناً لقرض حصل عليه أو تأميناً لأي التزام آخر ثبت في ذمته .

وقد يكون الراهن غير المدين ، فيكون كفيلا عينياً يرهن مالا له ضماناً لالتزام ليس فى ذمته هو ، بل فى ذمة أجنبى يكون هو المدين . وفى هذه الحالة ينعقد رهن الحيازة بين الدائن المرتهن والراهن الذى هو كفيل عينى ، ويوجد إلى جانبها المدين . والمدين هنا ليس طرفاً فى عقد رهن الحيازة ، فطرفاه هما الدائن المرتهن والراهن أى الكفيل العينى ، وإنما هو شخص أجنبى عن رهن الحيازة وقد ثبت فى ذمته الدين الأصلى الذى يضمنه رهن الحيازة ولذلك سمى بالمدين .

٥٠٧ — تطبيق القواعد العامة بالنسبة إلى الدائن المرتهن : والدائن المرتهن فى رهن الحيازة متروك للقواعد العامة . ولما كان رهن الحيازة عقداً ملزماً للجانبين ، فالدائن المرتهن وهو أحد جانبى العقد يكون ملتزماً . ومن ثم يكون رهن الحيازة بالنسبة إلى الدائن المرتهن عقداً يدور بين النفع والضرر ، بخلاف الرهن الرسمى فالدائن المرتهن فيه لا يلتزم ولذلك يكون الرهن الرسمى نافعاً له نفعاً محضاً[١] .

وعلى ذلك يجب أن يكون الدائن المرتهن فى رهن الحيازة كامل الأهلية ، لأن الارتهان حيازة فيها معنى استيفاء الدين . وإذا كان الدائن المرتهن حيازة صبياً مميزاً أو كان فى حكمه ، كان العقد قابلا للإبطال . فيجب إذن أن يكون الدائن المرتهن حيازة بالغاً سن الرشد ، غير محجور عليه .

ويستوى فى ذلك أن يكون الدائن المرتهن قد تعاهد مع المدين الراهن ، أو تعاقد مع راهن غير المدين أى تعاقد مع كفيل عينى .

٥٠٨ — الراهن يجب أيضاً أن يكون كامل الأهلية : والراهن حيازة يجب أيضاً أن يكون كامل الأهلية ، أى بالغاً سن الرشد غير محجور عليه . ذلك لأنه يلتزم إذ رهن الحيازة ملزماً للجانبين ، فرهن الحيازة

---

(١) انظر آنفاً فقرة ١٣١ .

بالنسبة إلى الراهن ، مديناً كان أو كفيلا عينياً ، عقد يدور بين النفع والضرر[١] .

٥٠٩ – الراهن يجب أن يكون مالكا الشيء المرهون وأهلا للتصرف فيه : وقد كانت المادة ١٥٣١ من المشروع التمهيدى تنص على ما يأتى :

« ١ – يشترط فيمن يرهن شيئاً ، ضماناً لدين عليه أو لدين على غيره ، أن يكون مالكاً للشيء المرهون وأهلا للتصرف فيه . ٢ – الرهن الحيازى لمال الغير تسرى عليه الأحكام الخاصة بالرهن الرسمى لمال الغير ، دون إخلال بالقواعد المتعلقة برهن المنقول »[٢] .

وتنص المادة ١٠٩٨ مدنى على ما يأتى : « تسرى على الرهن الحيازى أحكام المادة ١٠٣٣ . . . المتعلقة بالرهن الرسمى » . وتنص المادة ١٠٣٣ مدنى على ما يأتى : « ١ – إذا كان الراهن غير مالك للعقار المرهون ، فإن عقد الرهن يصبح صحيحاً إذا أقره المالك الحقيقى . . . ،وإذا لم يصدر هذا الإقرار ، فإن حق الرهن لا يترتب على العقار إلا من الوقت الذى يصبح فيه هذا العقار مملوكاً للراهن . ٢ – ويقع باطلا رهن المال المستقبل » .

فنتكلم إذن ، فى إيجاز ، فى المسائل الآتية : (١) وجوب أن يكون الراهن حيازة مالكاً للمال المرهون . (٢) رهن ملك الغير رهن حيازة . (٣) رهن المال المستقبل رهن حيازة . (٤) رهن المالك الظاهر رهن حيازة . (٥) أهلية الراهن حيازة للتصرف فى المال المرهون .

٥١٠ – وجوب أن يكون الراهن حيازة مالكا للمال المرهون : لما

---

(١) انظر ما يلى فقرة ٥١٤ .

(٢) وقد رأت لجنة المراجعة حذف المادة ١٥٣١ ، اكتفاء بما تنص عليه المادة ١٠٤٣ من سريان المادة ١١٢٨ المتعلقة بالرهن الرسمى على رهن الحيازة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٩٢ فى الهامش) .

كان رهن المال حيازة هو بمثابة التصرف فيه ، ولما كان المتصرف يجب أن يكون مالكاً للمال المتصرف فيه ، لذلك يجب أن يكون الراهن حيازة لمال معين مالكاً لهذا المال[١] .

وقد يكون الراهن حيازة مالكاً تحت شرط ، فاسخ أو واقف . فإذا كان مالكاً تحت شرط فاسخ ، ولم يتحقق الشرط ، فإن الراهن يصبح مالكاً بشكل بات لعدم تحقق الشرط ، وكذلك رهنه يصبح باتاً هو أيضاً . أما إذا تحقق الشرط ، فإن الراهن يزول ملكه بأثر رجعي ، ويعتبر غير مالك للمال من أول الأمر ، فيزول رهنه بأثر رجعي لتحقق الشرط الفاسخ . وإذا كان الراهن مالكاً تحت شرط واقف ، ولم يتحقق الشرط ، فإن الراهن يعتبر غير مالك أصلا لعدم تحقق الشرط ، فيزول رهنه بأثر رجعي . أما إذا تحقق الشرط الواقف ، فإن الراهن يعتبر مالكاً بأثر رجعي من أول الأمر ، ويعتبر رهنه صحيحاً كذلك من أول الأمر .

ومتى كان الراهن هو المالك للمال المرهون ، فإنه يستطيع أن يرهنه بنفسه إذا كان كامل الأهلية . فإذا لم يكن كامل الأهلية ، جاز لوليه أو لوصيه أو للقيم أن يرهن المال نيابة عن مالكه بالشروط التى قررها القانون لذلك[٢] .

ويجوز لكامل الأهلية أن يوكل عنه من يرهن مالا معيناً له رهن حيازة ، ويجب لذلك توكيل خاص فإن رهن الحيازة من أعمال التصرف .

---

(١) استئناف مختلط ٢ يناير سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٧٣ – ٢ مارس سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ١٥٠ – ٢٩ يناير سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٧١ .

(٢) فإذا كان النائب أبا الراهن الصغير ، كان للأب رهن مال ولده دون إذن المحكمة ، إلا ما تزيد قيمته على ٣٠٠ جنيه من عقار أو محل تجارى أو أوراق مالية فيجب إذن المحكمة فى رهنه (م ٧ قانون الولاية على المال) . والجد والوصى والقيم ليس لهم أن يرهنوا مال الصغير ومن فى حكمه رهن حيازة إلا بإذن المحكمة (المواد ٦٥ و ٢٦ و ٤٠ و ٧٨ من قانون الولاية على المال) . (سليمان مرقس فقرة ٢٢٨ ص ٣٥٣) .

وقد يكون الراهن غير مالك للمال المرهون حيازة ، فيكون رهنه إياه قابلا للإبطال ، وسنرى ذلك فى رهن ملك الغير رهن حيازة :

٥١١ — رهن ملك الغير رهن حيازة : قررنا فيما تقدم[١] أن المادة ١٠٣٣/ مدنى التى تنطبق على الرهن الرسمى تنطبق أيضاً على رهن الحيازة ، وأن الفقرة الأولى منها تنص على ما يأتى : « إذا كان الراهن غير مالك للعقار المرهون ، فإن عقد الرهن يصبح صحيحاً إذا أقره المالك الحقيقى . . . ، وإذا لم يصدر هذا الإقرار ، فإن حق الرهن لا يترتب على العقار إلا من الوقت الذى يصبح فيه هذا العقار مملوكاً للراهن » .

ويفهم من هذا النص أن رهن ملك الغير رهن حيازة لا يكون باطلا ، بل إنه يكون قابلا للإبطال . إذ يصبح صحيحاً إذا أقره المالك الحقيقى ، ويصبح صحيحاً كذلك من الوقت الذى يصبح فيه هذا المال مملوكاً للراهن .

ورهن مال الغير هو غير رهن المال المستقبل . فرهن مال الغير هو رهن لمال لا يملكه الراهن حيازة ، وهو مال معين بالذات رهنه غير مالكه لاعتقاده أن المالك سيقر الرهن ، أو لأن الراهن سيسعى حتى يصبح المال مملوكاً له وعلى هذا يستقر رهنه من ذلك الوقت . أما رهن المال المستقبل فهو رهن مال غير معين بالذات ، بل هو رهن لما عسى أن يملكه الراهن فى المستقبل ، فيكون باطلا لا قابلا للإبطال . وقد أراد المشرع بجعل رهن مال معين غير مملوك للراهن قابلا للإبطال لا باطلا ، أن يوحد فى الحكم بين بيع مال الغير ورهن مال الغير ، كلاهما قابل للإبطال ، لوحدة العلة ولا تساق التشريع[٢] .

فحكم رهن عقار الغير رهناً رسمياً ، وحكم رهن مال الغير رهن حيازة ، وحكم بيع مال الغير ، واحد فى كل من هذه المعاملات ، وهو القابلية للإبطال .

---

(١) انظر فقرة ٥٠٩ .

(٢) انظر فى ذلك آنفاً فقرة ١٣٥ وكذلك ما سبق أن قدمناه فى الرهن الرسمى .

والقابلية للإبطال فى رهن مال الغير رهن حيازة هى لمصلحة الدائن المرتهن ، لا لمصلحة الراهن . ومن ثم يجوز للدائن المرتهن أن يطلب إبطال الرهن فيبطل ، ويجوز له أن يجيز الرهن فيصبح الرهن صحيحاً . ومتى أصبح الرهن صحيحاً بإجازة الدائن المرتهن ، فإنه لا يسرى فى حق مالك المال الذى يبقى أجنبياً عن العقد . ولا ينشأ رهن الحيازة إلا إذا أقر المالك لعقد الرهن أو إذا أصبح الراهن مالكاً للمال المرهون من وقت ملكيته له لا قبل ذلك .

فرهن ملك الغير رهن حيازة ينشأ أولا قابلا للإبطال[1] . ويبقى عقد الرهن قائماً فيما بين الراهن والدائن المرتهن ، ولكنه لا ينفذ فى حق المالك الحقيقى . فإذا أبطله الدائن المرتهن ، زال واعتبر كأن لم يكن . أما إذا أجازه ، فإنه ينقلب صحيحاً ولا يعود للدائن المرتهن حق إبطاله ، ولكنه لا ينشئ حق رهن حيازة لمصلحة الدائن المرتهن . ويجوز عند ذلك للدائن المرتهن أن يطلب فسخ عقد رهن الحيازة ضد الراهن ، فإذا فسخ الرهن زال بأثر رجعى . ويجوز كذلك أن يقر المالك الحقيقى الرهن الحيازى ، وعندئذ لا يصبح فحسب الرهن الحيازى صحيحاً ، بل أيضاً ينشئ حق رهن حيازة من وقت وجوده لمصلحة الدائن المرتهن . ويجوز أخيراً أن تنتقل ملكية المال المرهون إلى الراهن ، وعند ذلك يصبح العقد صحيحاً من وقت انتقال الملكية إلى الراهن ، ومن ذلك الوقت أيضاً ينشأ على المال المرهون حق رهن حيازة لمصلحة الدائن المرتهن[2] .

---

(١) وقد يرتهن الشخص منقولا غير مملوك للراهن ، ولكن المرتهن يكون حسن النية ويعتقد أن المنقول مملوك للراهن ، فيثبت للمرتهن حق رهن حيازة على المنقول إذا تسلمه ، لا بموجب عقد الرهن ، ولكن بموجب الحيازة لأن الحيازة فى المنقول سند الملكية وسند الرهن (استئناف مختلط ١٧ ديسمبر سنة ١٩٢٤ م ٣٧ ص ٨٢ – وانظر أيضاً استئناف مختلط ١٠ يناير سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١١١) .

(٢) انظر آنفاً فى الرهن الرسمى فقرة ١٣٨ .

والعلة فى قابلية رهن ملك الغير رهن حيازة للإبطال هى منافاة العقد لطبيعة الرهن . ولكن العلة وحدها لا تكفى ، وكما فى الرهن الرسمى[1] لا بد من نص خاص ينشئ جواز إبطال رهن الحيازة . وقد وجد هذا النص فى المادة ١٠٣٣ التى تنطبق على الرهن الرسمى وعلى الرهن الحيازى ؛ فلا بد إذن من القول بأن رهن ملك الغير رهن حيازة قابل للإبطال ، وهذه القابلية للإبطال لا تستمد من القواعد العامة بل أنشأها نص تشريعى صريح واستند فى إنشائها إلى علة معقولة[2] .

٥١٢ — *رهن المال المستقبل رهن حيازة* : وتنص الفقرة الثانية من المادة ١٠٣٣ مدنى ، التى تنطبق على رهن الحيازة انطباقها على الرهن الرسمى كما سبق أن قدمنا[3] ، على ما يأتى :

« ويقع باطلا رهن المال المستقبل » .

وقد سبق أن بينا الفرق بين رهن ملك الغير ورهن المال المستقبل ، فإذا كان الرهن واقعاً على مال غير معين بالذات فهذا هو رهن المال المستقبل . كما إذا رهن شخص ما يؤول إليه من مال غير معين بالذات عن طريق الميراث أو عن طريق الوصية[4] .

ورهن المال المستقبل رهن حيازة ، كرهنه رهناً رسمياً ، باطل لا قابل للإبطال .

وعلة بطلان رهن المال المستقبل بطلاناً مطلقاً ليست هى عدم ملكية الراهن للمال المرهون ، فقد رأينا أن رهن ملك الغير يكون قابلا للإبطال ، ولكن العلة هى عدم تعيين المال المرهون تعييناً كافياً . وقد أراد المشرع

---

(١) انظر آنفاً فقرة ١٣٨ .

(٢) انظر فى الرهن الرسمى فقرة ١٣٨ وانظر الوسيط ٤ فقرة ١٥٨ .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٥٠٩ وفقرة ٥١١ .

(٤) انظر آنفاً فقرة ٥١١ .

لحماية الراهن من أن يقدم على رهن ما يستجد له من مال مستقبل ، فإذا كان المال معيناً تعييناً كافياً ولكنه غير مملوك للراهن فإن الرهن يكون رهن ملك الغير ويكون قابلا للإبطال فقط .

فرهن المال المستقبل إنما يكون باطلا بطلاناً مطلقاً لأن المال غير معين بالذات ، لا لأنه غير مملوك للراهن . وعلى ذلك إذا رهن شخص ما سيؤول إليه من تركة أبيه ، كان هذا رهناً لمال مستقبل وباطلا بطلاناً مطلقاً . أما إذا رهن مالا معيناً بالذات وكان لا يملك المال المرهون ، كان هذا رهناً لملك الغير ومن ثم يكون قابلا للإبطال[1] .

٥١٣ — رهن المالك الظاهر رهن حيازة : قدمنا فى الرهن الرسمى أن المالك الظاهر للمال ليس بمالك حقيقى له ، فيكون الرهن الصادر منه صادراً من غير مالك . وكان مقتضى ذلك اعتباراً الرهن الصادر من المالك الظاهر قابلا للإبطال وغير سار فى حق المالك الحقيقى ، وما لم يقر المالك الحقيقى عقد الرهن أو ما لم تنتقل ملكية المال المرهون للراهن لا ينشأ حق رهن الحيازة .

ولكن هذه القواعد لا تنطبق هنا ، كما رأيناها لا تنطبق فى عقد الرهن الرسمى[2] . ذلك لأن المالك الظاهر ، وإن كان غير مالك حقيقى ، يظهر أمام الناس كافة أنه هو المالك الحقيقى . فإذا ما تعامل معه الغير ، معتقداً بحسن نية أنه هو المالك الحقيقى ، أجاز القانون هذه المعاملة وسمح للغير حسن النية أن يتمسك بها .

وقد قررنا فى الرهن الرسمى أن هناك فئات ثلاثاً للمالك الظاهر ، الوارث الظاهر والمالك الظاهر بسند صورى والمالك الظاهر كاسم مستعار .

١ — الوارث الظاهر : ورهن الحيازة الذى يرتبه الوارث الظاهر يكون رهناً صحيحاً ، لا رهناً قابلا للإبطال . ويجوز للدائن المرتهن أن يتمسك

---

(١) انظر فى الرهن الرسمى آنفاً فقرة ١٣٩

(٢) انظر آنفاً فقرة ١٤٠ .

بهذا الرهن ما دام أنه كان وقت أن ارتهن حسن النية ، أى يعتقد أن الوارث الظاهر إنما هو الوارث الحقيقى . وله فى هذه الحالة أن يتمسك بالرهن ، لا فحسب ضد الوارث الظاهر ، بل أيضاً ضد الوارث الحقيقى[1] ؛

٢ – المالك الظاهر بسند صورى : وسند ملكية هذا الملك الظاهر هو عقد صورى ، كبيع أو هبة ، فإذا باع شخص لآخر مالا بعقد صورى متخذاً ورقة ضد هى العقد الحقيقى ، فإن المشترى بعقد صورى يظهر أمام الناس كافة أنه اشترى بعقد حقيقى وأن المال المبيع أصبح ملكاً له ما دام قد سجل العقد إذا كان المال عقاراً . فإذا رهن ما اشتراه والناس تعتبره مالكاً له ، كان رهنه صحيحاً إذا كان الدائن المرتهن حسن النية ، أى يعتقد أن الراهن هو المالك الحقيقى . فالمالك الظاهر بسند صورى من حق الناس حسنى النية أن يعتبروا أنه هو المالك الحقيقى ، وأن يتعاملوا معه على هذا الأساس . فرهنه الحيازى صحيح والدائن المرتهن حسن النية له أن يتمسك بهذا الرهن ، لا فحسب ضد هذا المالك الظاهر ، بل أيضاً ضد المالك الحقيقى حامل ورقة الضد . وإذا رهن المالك الحقيقى المال ، فإن الدائن المرتهن من المالك الصورى هو الذى يفضل[2] .

٣ – المالك الظاهر كاسم مستعار : وهذا أيضاً مالك ظاهر ، كما إذا اشترى الوكيل ، باسمه هو لا باسم موكله ، مالا متفقاً مع موكله على ذلك . فالوكيل يصبح مالكاً للمال أمام الناس كافة ، وهو اسم مستعار (prête-nom) لا مالك حقيقى . فإذا ارتهن شخص حسن النية المال ، معتقداً أنه يرتهنه من مالكه الحقيقى ، كان رهن الحيازة صحيحاً ، ويستطيع أن يتمسك به الدائن المرتهن قبل الاسم المستعار وقبل المالك الحقيقى[3] .

---

(١) انظر فى الرهن الرسمى فقرة ١٤٠ .

(٢) انظر فى الرهن الرسمى آنفاً فقرة ١٤٠ .

(٣) انظر فى الرهن الرسمى آنفاً فقرة ١٤٠ .

٥١٤ — أهلية الراهن حيازة للتصرف فى المال المرهون : ولا يكفى أن يكون الراهن حيازة مالكاً للمال المرهون ، بل يجب أيضاً أن يكون أهلا للتصرف فيه . فالرهن الحيازى عمل من أعمال التصرف ، فيجب أن يكون الراهن أهلا للتصرف فى المال المرهون . ويشترط فى الكفيل العينى ، كما يشترط فى المدين الراهن ، أن يكون هو أيضاً أهلا للتصرف فى المال المرهون .

فإذا كان الراهن هو المدين ، اعتبر رهن الحيازة تصرفاً دائراً بين النفع والضرر ، إذ أن المدين الراهن لا يتبرع برهن ماله بل هو يبغى من وراء رهنه الحصول على قرض أو مد أجل الدين أو بوجه عام ضمان التزامه . وعلى ذلك يجب أن يتوافر فى المدين الراهن أهلية التصرف ، فيجب كما تقدم القول أن يكون بالغاً سن الرشد غير محجور عليه . فإذا لم يبلغ سن الرشد أو كان محجوراً عليه ، جاز لوليه أو لوصيه أو للقيم عليه عقد رهن الحيازة نيابة عنه بعد أخذ إذن المحكمة ، فيما عدا الولى الأب فيما لا تجاوز قيمته ٣٠٠ جنيه من عقار أو أوراق مالية أو محل تجارى فلا ضرورة لأخذ إذن المحكمة .

ويسقط حق إبطال رهن الحيازة بالتقادم ، بمضى ثلاث سنوات من اليوم الذى يزول فيه نقص الأهلية (م ١٤٠ مدنى) ، فيصبح الرهن صحيحاً بأثر رجعى من وقت نشوئه ، ويحتج به على من كسب حقاً عينياً على المال المرهون كدائن مرتهن آخر كسب حقه بعد نفاذ الرهن الأول ولو كان ذلك قبل تمام التقادم .

أما إذا كان الراهن كفيلا عينياً ، فيجب ، كما فى المدين الراهن ، أن يكون مالكاً للمال المرهون وأهلا للتصرف فيه . ولكن التصرف هنا لا يكون عادة بمقابل ، لأن الكفيل العينى لا ينتفع عادة بالرهن الذى يقدمه ضماناً للوفاء بدين فى ذمة غيره ، فيكون عمله فى العادة من أعمال التبرع ؛

ولذلك يجب أن يتوافر فى الكفيل العينى أهلية التبرع ، لا أهلية التصرف فحسب . ومن ثم يجب أن يكون بالغاً سن الرشد ، غير محجور عليه .. فإذا كان قاصراً ، مميزاً أو غير مميز ، أو كان محجوراً عليه ، ولو لسفه أو غفلة ، ورهن ماله ككفيل عينى ، كان الرهن باطلا لا قابلا للإبطال ، لأنه يقوم بعمل من أعمال التبرع وهو لا يملكه . كذلك لا يجوز ، وهو قاصر أو محجور عليه ، أن يرهن وليه (ولو كان الأب) أو وصيه أو أو القيم عليه ماله رهن حيازة ضماناً لالتزام فى ذمة غيره . وإن فعل كان الرهن باطلا بطلاناً مطلقاً ، ولو كان ذلك بإذن المحكمة ، لأن النائب لا يستطيع التبرع بمال محجوره ولو بإذن المحكمة . وإذا لم يباشر الكفيل العينى رهن الحيازة بنفسه ، بل باشره وكيل عنه ، وجب أن تكون الوكالة وكالة خاصة لعمل من أعمال التبرع . فلا تكفى الوكالة العامة للإدارة ولا الوكالة الخاصة لعمل من أعمال التصرف . ولذلك يجب أن يكون التوكيل الخاص الصادر من الكفيل العينى مذكوراً فيه المال المراد رهنه والدين الذى يرهن المال ضماناً للوفاء به ، وإلا كان التوكيل باطلا لأن الوكيل يقوم بعمل من أعمال التبرع[1] .

المبحث الثانى

المال المرهون

٥١٥ — المال المرهون رهن حيازة قد يكون عقارا أو منقولا أو دينا : رهن الحيازة يختلف فى محله عن الرهن الرسمى .

فالرهن الرسمى ، كالاختصاص ، لا يرد إلا على عقار . فرهن المنقول

---

(١) انظر فى كل ذلك فى الرهن الرسمى وينطبق على رهن الحيازة ، آنفاً فقرة ١٤٩ — فقرة ١٥٠ وفقرة ١٥٤ .

رهناً رسمياً غير جائز . ومن أجل ذلك كان الرهن الرسمى ، فى جميع أنواعه وحالاته ، خاضعاً لنظام القيد ، لأن القيد لا يرد إلا على عقار .

أما رهن الحيازة فحله إما أن يكون عقاراً ، أو منقولا . فهو لا يخضع لنظام القيد دائماً ، ولا يخضع له إلا إذا كان محله عقاراً .

ورهن الحيازة الذى يرد على المنقول ، وبخاصة المنقولات الثمينة كالحلى والجواهر والمفروشات الثمينة ، كثير . ولا يقل عن رهن الحيازة الذى يقع على عقار ، وبخاصة إذا أدخلنا الديون فى الاعتبار . والديون نوع خاص من المنقول ، يرد عليه رهن الحيازة . وسنرى فى آخر فصل من فصول هذا الباب ، وهو الفصل الرابع ، أنواعاً مختلفة من رهن الحيازة ، وقد قسمت إلى أنواع ثلاثة . النوع الأول منها يرد رهن الحيازة فيه على العقار ، والنوع الثانى يرد على المنقول ، والنوع الثالث يرد على الديون .

وقد كاد رهن الحيازة على العقار ، فى آخر مرحلة من مراحل التشريع ، يلغى . ولكنه بقى مع ذلك ، لأسباب سيأتى ذكرها[1] .

والخلاصة أن رهن الحيازة ، من حيث المحل ، عام شامل . فهو يرد على العقار ، وعلى المنقول ، وعلى الديون .

٥١٦ — محل رهن الحيازة يمكن بيعه استقلالا بالمزاد العلنى — نص قانونى : وتنص المادة ١٠٩٧ مدنى على ما يأتى :

« لا يكون محلا لرهن الحيازة إلا ما يمكن بيعه استقلالا بالمزاد العلنى من منقول وعقار »[2] .

---

(١) انظر ما يلى فقرة ٦٣٩ فى الهامش (تاريخ م ١١١٤ مدنى) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٥٣٢ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ١ — يجوز أن يكون محلا للرهن الحيازى كل ما يمكن بيعه بالمزاد العلنى . ٢ — فيجوز رهن المنقول ورهن العقار ورهن الدين وغيرها من الأموال العينية » . وأدمجت لجنة المراجعة الفقرتين فى فقرة واحدة تجرى على الوجه الآتى : « يجوز أن يكون محلا للرهن —

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ما يأتى : « يشترك الرهن الحيازى مع الرهن الرسمى أيضاً فى أن الراهن يجب أن يكون مالكاً للشيء المرهون وأهلا للتصرف فيه ، وأنه قد يكون المدين ، وفى حكم رهن ملك الغير والأموال المستقبلة ، وفى أن محل الرهن يجب أن يكون مما يمكن التعامل فيه وبيعه فى المزاد ، وفى أن الرهن يشمل الملحقات والثمار وفى الدين المضمون ، وعدم تجزئة الرهن ، وقيام علاقة التبعية بين الدين والشيء المرهون »[1] .

ويتبين من النص سالف الذكر أنه يشترط فى المحل المرهون ، وهو محل رهن الحيازة ، أن يكون مما يمكن بيعه استقلالا فى المزاد العلنى من منقول وعقار .

فجميع العقارات التى يمكن رهنها رهنا رسمياً ، يجوز كذلك رهنها رهن حيازة . وفى القانون الفرنسى ، لا يجوز رهن العقارات رهناً حيازياً

= الحيازى كل ما يمكن بيعه بالمزاد العلنى من منقول وعقار » . وأصبح رقم المادة ١٢٠١ فى المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس النواب ، تحت رقم ١١٨٦ – وعدلت لجنة مجلس الشيوخ النص ، تحت رقم ١٠٩٧ ، فصار مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٩٤ – ص ١٩٦) .

التقنين المدنى السابق م ٥٤٧ / ٦٧٠ : يجوز أن يكون الرهن منقولا أو عقاراً .

التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى : انظر م ١٠٢٨ و ١٠٣٠ و ١٠٤٦ و ١٠٥٥ و ١٠٥٦ .

التقنين المدنى الليبى م ١١٠١ : لا يكون محلا للرهن الحيازى إلا ما يمكن بيعه استقلالا بالمزاد العلنى من منقول وعقار .

التقنين المدنى العراقى م ١٣٢٨ : يجوز أن يكون محلا للرهن الحيازى كل ما يصح التعامل فيه ويمكن بيعه من عقار ومنقول وديون . ويجوز بوجه خاص رهن الأراضى الأميرية رهنا حيازيا .

قانون الملكية العقارية اللبنانى : انظر م ١٠١ و ١٠٢ .

[1] (١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٩٧ .

(gage) ، وإنما يجوز وضع العقارات فى حيازة الدائن تأميناً لدينه حتى يستوفى حقه من ثمارها دون أن يكون له حق التقدم فى ثمنها ويسمى العقد (antichrèse) .

ويجوز كذلك رهن المنقول رهن حيازة ، فيجوز رهن المفروشات والحلى والمجوهرات والسيارات والمركبات والمواشى والدواب وغير ذلك من المنقولات .

ويجوز رهن النقود (الكفالة النقدية) ، ويتملك الدائن المرتهن النقود المرهونة المسلمة إليه ، على أن يرد مثلها عند تنفيذ المدين لالتزامه ، ويوصف الرهن هنا بأنه رهن ناقص (gage irrégulier) كالوديعة الناقصة .

ويجوز رهن الأموال المعنوية القابلة للبيع بالمزاد العلنى ، كحق المؤلف وبراءة الاختراع والمحال التجارية والعلامات والبيانات والأسماء التجارية وحق الإيجار وبوالص التأمين .

ويجوز رهن الديون والسندات لحاملها والسندات والأسهم الإسمية .

ولكن لا يجوز رهن الماهيات والمعاشات والديون والسندات غير القابلة للتحويل ، لأن هذه كلها لا تقبل التحويل . كذلك لا يجوز رهن الحقوق العينية ، كحق الرهن الرسمى وحق الرهن الحيازى وحق الاختصاص وحقوق الامتياز .

وبالجملة لا يجوز رهن ما لا يمكن بيعه استقلالا بالمزاد العلنى ، كالعقارات بالتخصيص فإنه لا يجوز رهنها مستقلة عن العقار الذى خصصت له . فإذا كان هذا العقار غير مرهون ، جاز للمالك أن يفصل العقارات بالتخصيص ويرهنها مستقلة رهن حيازة[1] .

---

(١) أما إذا كان العقار الأصلى مرهونا رهنا رسميا ، فإن هذا الرهن يشمل العقار بالتخصيص ، ولا يجوز فى هذه الحالة فصل العقار بالتخصيص . فإذا فصل ورهن رهن حيازة ، كان لمرتهن العقار رهنا رسمياً أن يتتبع العقار بالتخصيص ما لم يكن المرتهن حيازة قد تسلم المنقول (أى العقار بالتخصيص) بحسن نية (سليمان مرقس فقرة ٢٣٣ ص ٣٥٨ — ص ٣٥٩) .

٥١٧ — قاعدة التخصيص فى الرهن الحيازى : ويجب أن يكون محل الرهن الحيازى معيناً أو قابلا للتعيين ، طبقاً للقواعد العامة .

ولكن لا يشترط تعيينه تعييناً دقيقاً كما فى الرهن الرسمى ، فلم يرد فى نصوص الرهن الحيازى نص يوجب تعيين محل الرهن الحيازى تعييناً دقيقاً كنص المادة ١٠٣٥ مدنى فى الرهن الرسمى .

ويقول الأستاذ منصور مصطفى منصور ، وهو ممن يقولون بعدم إعمال مبدأ تخصيص الرهن على رهن الحيازة ، ما يأتى : « ولبيان ما نراه فى هذه المسألة نذكر بما قلناه من أنه إذا كانت علة بطلان رهن المال المستقبل هى عدم تعيين العقار بذاته ، إلا أن هذا لا يمنع من القول إن هذا الحكم أى بطلان رهن المال المستقبل قائم بذاته . وعلى ضوء هذا نرى أن إحالة المشروع على نص المادة ١٠٣٣ لا تفيد أكثر من بطلان رهن المال المستقبل رهناً حيازياً ، ويبقى شرط تعيين الشىء للرهن محكوماً بالقواعد العامة . . . أما وجوب تعيين الشىء تعيينا دقيقاً ، فهذا لا يؤدى بالضرورة إلى القول ببطلان رهن المال المستقبل إذ ليس هناك ما يمنع من أن يكون الشىء المستقبل معيناً تعييناً دقيقاً ، كما لو رهن شخص المبانى التى سيقيمها مع ذكر أوصافها ومشتملاتها بدقة . ولما كان الشراح الذين يقولون بإعمال مبدأ تخصيص الرهن حتى بالنسبة للرهن الحيازى يسلمون بصحة الرهن إذا كان الشىء معيناً بنوعه ، فهذا يعنى فيما نرى أن استفاءهم إلى مقتضى إحالة المشرع على المادة ١٠٣٣ غير صحيح . وقبل أن ننتهى من هذا الموضوع نشير إلى أن أستاذنا الدكتور شفيق شحاتة يرى أن الرهن الحيازى لا يخضع لمبدأ تخصيص الرهن ، وذلك على أساس أنه لا علاقة لقاعدة التخصيص بحكم المادة ٢/١٠٣٣ وأن التخصيص من شروط العقد الشكلية التى لا تلزم بالنسبة للرهن الحيازى »[1] .

---

(١) منصور مصطفى منصور فقرة ١٠٢ ص ١٩٨ — ص ١٩٩ .

وانظر سليمان مرقس فقرة ٢٣٥ ويرى أن مبدأ تخصيص الرهن ينطبق على رهن الحيازة .

٥١٨ — رهن المال الشائع رهن حيازة : وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ، فى خصوص رهن المال الشائع رهن حيازة ، ما يأتى : « أما رهن المشاع رهن حيازة فيخضع للقواعد العامة ، إذ لم يرد فيه نص خاص . فيجوز رهن الحصة المشاعة رهن حيازة ، كما يجوز أن يرهن الشريك فى الشيوع نصيباً مفرزاً ، والعبرة بنتيجة القسمة ، ويحسن تنظيم رهن المشاع بنص خاص ، وينقل عن التقنين الألمانى . وتنص المادة ١٢٥٨ من هـــذا التقنين على أنه إذا وقع الرهن الحيازى على حصة شائعة ، كان للدائن المرتهن أن يستعمل فى إدارة العين وطريقة استغلالها ما للراهن من حقوق ترتبت على حالة الشيوع . ولا يجوز ، قبل ثبوت حق المرتهن فى بيع المرهون ، طلب القسمة إلا باتفاق بين الراهن والمرتهن . أما بعد ثبوت الحق فى البيع ، فيجوز للمرتهن أن يطالب القسمة ولو بغير رضاء الراهن . وإذا تمت القسمة ، فإن الرهن من الحصة الشائعة إلى المال المفرز الذى وقع فى نصيب الراهن ، ويبقى دائماً للمرتهن حقه فى بيع الحصة الشائعة التى ارتهنها »[1] .

ولما كان نص التقنين المدنى الألمانى (م ١٢٥٨) لم ينقل إلى التقنين المدنى الجديد ، فلا شأن لنا به هنا ، ووجب تطبيق القواعد العامة كما تقول المذكرة الإيضاحية إذ لم يرد نص خاص فى رهن المال الشائع .

وفى التقنين المدنى السابق لم يكن هناك نص خاص برهن المال الشائع ، فكان القضاء يجرى على أن الحصة الشائعة رهناً حيازياً باطل ، لأنه لا يمكن حيازة المال المرهون وحبسه عن الكافة[2] ، وهو باطل ولو كان الشركاء

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٩٨ .

(٢) استئناف مختلط ١٩ أبريل سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٢٦٦ – ٢٦ أبريل سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٣٥٢ – ٢٥ فبراير سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ١٧٩ – ١٠ أبريل سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٣٠٧ – ١٥ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٦١ – ٦ مارس سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص –

فى الملك قد اقتسموا المال الشائع قسمة مهايأة[١] . وقضى بأن الرهن يكون صحيحاً إذا أمكنت حيازة الحصة الشائعة ، كما لو اتفق الدائن المرتهن مع شريك مدينه الراهن على أن يستمر هذا الشريك حائزاً العين نيابة عنه وأن يدفع له حصة المدين الراهن فى الريع[٢] . وبأنه يكون صحيحاً أيضاً إذا صدر من جميع الملاك على الشيوع بالتضامن فيما بينهم ، ونقلت حيازة المال المرهون كله إلى الدائن المرتهن[٣] .

أما فى التقنين المدنى الجديد ، فقد أصبح رهن الحيازة عقداً رضائياً ينفذ دون تسليم المال المرهون ، وقد أصبح التسليم التزاماً لا ركناً .

وعلى ذلك ، يكون فى التقنين المدنى الجديد للمالك المشتاع أن يرهن حصته الشائعة بمجرد تبادل الإيجاب والقبول ، ويكون رهنه صحيحاً ، ولكنه لا ينفذ فى حق الغير إلا إذا أمكن الدائن المرتهن أن يحوز الحصة الشائعة . ويجوز أيضاً للمالك المشتاع أن يرهن جزءاً مفرزاً من المال الشائع بإيجاب وقبول ، ويكون الرهن صحيحاً ، ولكنه لا ينفذ فى حق الغير إلا إذا حاز الدائن المرتهن الجزء المفرز وتمت القسمة فوقع الجزء المفرز فى نصيب الراهن . أما الرهن الصادر من جميع الشركاء قبل القسمة ، فإن مصيره يتوقف على نتيجة القسمة ، فإذا وقع المرهون كله فى نصيب أحد الشركاء

= ١٩٧ - ١٢ مايو سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٦٢ - ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٣٧ م ٥٠ ص ٦١ - ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٣٨ م ٥١ ص ٧٣ - ١٦ يناير سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ١٢٦ .

(١) استئناف مختلط ٢٦ أبريل سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٧٧ - ١٦ يناير سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ١٢٦ - ١٧ فبراير سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ٩٦ .

(٢) استئناف وطنى أول يناير سنة ١٩٠٨ المجموعة الرسمية ٩ رقم ٤٩ ص ١٠٩ .

(٣) استئناف مختلط ٢٨ أبريل سنة ١٩٤٠ م ٥٤ ص ١٧٨ - أما إذا رهن الشريك حصة مفرزة من المال الشائع ، واقترن ذلك بتسليم هذه الحصة المفرزة ، فإن الرهن يتوقف مصيره على نتيجة القسمة ، فإذا وقعت هذه الحصة فى نصيب الراهن تأيد الرهن ، وإلا كان حكمه حكم رهن ملك الغير (نقض مدنى ١٦ نوفمبر سنة ١٩٤٤ المجموعة الرسمية ٤٥ رقم ٧٥ ص ١٢٧) .

أو بعضهم نفذ الرهن بنسبة حصصهم الأصلية واعتبر بالنسبة إلى حصص باقى الشركاء وارداً على ملك الغير[١] .

ويذهب كثير من شراح القانون المصرى إلى أن الحلول العينى أصبح هو القاعدة العامة فى التقنين المصرى الجديد ، وأصبح الحكم الوارد فى المادة ٢/١٠٣٩ تطبيقاً لهذه القاعدة الواردة فى المادة ٨٢٦ مدنى . ويسرى الحلول العينى فى رهن الحيازة تطبيقاً للقواعد العامة . ويقول الأستاذ محمد كامل مرسى[٢] ، فى هذا الصدد ، ما يأتى : « ونرى الأخذ بالأحكام المقررة فى الرهن الرسمى فى المادة ١٠٣٩ لاستعمال حق الحلول العينى ، فى رهن الحيازة وهى : (أولا) أن يستصدر الدائن المرتهن أمراً على عريضة يعين به القاضى القدر الذى يقع عليه الرهن ، و (ثانياً) أن يقوم الدائن المرتهن بإجراء قيد جديد يبين فيه القدر الذى انتقل إليه الرهن خلال تسعين يوماً من الوقت الذى يخبره فيه أى ذى شأن بتسجيل القسمة . بل إننا نرى بطريق القياس الأخذ بهذه الأحكام فى صدد التصرفات على العموم ، فيكون على المشترى أن يستصدر أمراً على عريضة بتعيين قدر من الأموال التى آلت إلى البائع يعادل قيمة ما باعه له ، ثم يجرى المشترى تسجيلا جديداً على هذا القدر يسرى أثره من تاريخ التسجيل السابق »[٣] .

٥١٩ — زوال ملكية الراهن بأثر رجعى : رأينا أن المادة ١٠٣٤

---

(١) أما حكم المادة ١٠٣٩ / ١ مدنى فهو خاص بالرهن الرسمى ولا يطبق إلا عليه ، لأنه ورد استثناء من القواعد العامة ، وورد فى نصوص الرهن الرسمى ولم ترد إحالة عليه لتطبيقه على الرهن الحيازى ، فيتعين قصره على الرهن الرسمى (سليمان مرقس فقرة ٢٤٠ ص ٣٧٦ – محمد كامل مرسى فقرة ٢٨٧ ص ٣٧١) .

(٢) فقرة ٢٨٧ ص ٣٧٠ – ص ٣٧١ .

(٣) انظر أيضاً محمد على عرفة فى حق الملكية ١ فقرة ٢٨٨ – سليمان مرقس فقرة ٢٤٠ ص ٣٧٣ – ص ٣٧٦ – عبد الفتاح عبد الباقى طبعة ثانية سنة ١٩٥٤ فقرة ٤٣٥ مكررة – شفيق شحاتة فقرة ١٠٨ – محمد على إمام فقرة ٣٢٦ – فقرة ٣٢٧ .

مدنى تنص على ما يأتى : « يبقى قائماً لمصلحة الدائن المرتهن الرهن الصادر من المالك الذى تقرر إبطال سند ملكيته أو فسخه أو إلغاؤه أو زواله لأى سبب آخر ، إذا كان هذا الدائن حسن النية فى الوقت الذى أبرم فيه الرهن » .

وهذا النص خاص بالرهن الرسمى . وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ، فى خصوص هذا النص ، ما يأتى : « الرهن يبقى صحيحاً إذا صدر من مالك تقرر بعد ذلك بطلان سند ملكيته . . . أو فسخه . . . أو إلغاؤه أو زواله لأى سبب آخر (رهن ما باعه المريض مرض الموت ورهن ما يجاوز نصاب الوصيه) ، يكون الدائن المرتهن حسن النية وقت الرهن . . . »[1] .

ولا يوجد نص يجعل هذا النص يطبق أيضاً فى حالة رهن الحيازة .

فإذا رهن شخص مالا له رهن حيازة ، أيكون رهن الحيازة صحيحاً إذا تبين فيما بعد أن سند ملكية الراهن باطل ، أو قابل للفسخ وقد فسخ بأثر رجعى ؟

لا شك فى أن المادة ١٠٣٤ مدنى سالفة الذكر تخالف القواعد العامة ، إذ هى تصحح رهناً صدر من غير مالك ، فالراهن قد أبطل سند ملكيته أو فسخ بأثر رجعى .

لذلك يجب قصر المادة ١٠٣٤ مدنى على ما جاءت فيه ، وهو الرهن الرسمى ، ولا يجوز تطبيقها على رهن الحيازة .

ولكن إذا لم يمكن تطبيق المادة ١٠٣٤ مدنى على رهن الحيازة ، فإن هناك فى قانون تنظيم الشهر العقارى نصوصاً فى هذا الموضوع تنطبق على رهن الحيازة .

فالمادة ٢/١٧ من قانون تنظيم الشهر العقارى تحمى حسن النية فى ذاته .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٩ – ص ٢٠ .

وتشمل كل من يعتبر من الغير ما دام قد كسب حقه بحسن نية ، سواء كان ذلك الغير مرتهناً رهناً رسمياً أو مرتهناً رهناً حيازياً أو مشترياً أو غير ذلك .

فإذا كان المرتهن رهن حيازة قد كسب بحسن نية حق رهن الحيازة من مالك سند ملكيته باطل ، قبل تسجيل عريضة دعوى البطلان ، فإن رهن حيازته يبقى قائماً . ولا يؤثر زوال ملكية المالك بأثر رجعى فى بقاء رهن الحيازة ، ما دام رهن الحيازة قد كسب قبل تسجيل عريضة دعوى البطلان ، وما دام الدائن المرتهن رهن جيازة كان حسن النية وقت أن أبرم رهن الحيازة[1] .

٥٢٠ — ملحقات الشيء المرهون وثماره : كان المشروع التمهيدى يتضمن نصاً ، هو المادة ١٥٣٣ من هذا المشروع ، يجرى على الوجه الآتى :

« ويشمل الرهن الحيازى ملحقات الشيء المرهون وثماره ، ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك » .

ولما تليت هذه المادة فى لجنة المراجعة ، حذفتها اللجنة « اكتفاء بالقواعد العامة »[2] . فحذف النص إذن لم يكن لأن لجنة المراجعة ترفضه ، بل لأن فى القواعد العامة ما يغنى عنه .

وقد اشتملت نصوص الرهن الرسمى ، فى هذا المعنى ، على نصين فى الملحقات والثمار . فنصت المادة ١٠٣٦ مدنى ، فيما يتعلق بالملحقات ، على ما يأتى : « يشمل الرهن ملحقات العقار المرهون التى تعتبر عقاراً ، ويشمل بوجه خاص حقوق الارتفاق والعقارات بالتخصيص والتحسينات والإنشاءات التى تعود بمنفعة على المالك ، ما لم يتفق على غير ذلك ، مع عدم الإخلال بامتياز المبالغ المستحقة للمقاولين أو المهندسين المعماريين

---

(١) انظر فى هذا المعنى شمس الدين الوكيل فقرة ١٦٦ — سليمان مرقس فقرة ٢٤٤ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٩٠ فى الهامش .

المنصوص عليه فى المادة ١١٤٨ » . ونصت المادة ١٠٣٧ مدنى ، فيما يتعلق بالثمار ، على ما يأتى : « يترتب على تسجيل تنبيه نزع الملكية أن يلحق بالعقار ما يغله من ثمار وإيراد عن المدة التى أعقبت التسجيل ، ويجرى فى توزيع هذه الغلة ما يجرى فى توزيع ثمن العقار » .

وهذه النصوص تنطبق على رهن الحيازة انطباقها على الرهن الرسمى ، وبخاصة إذا كان محل رهن الحيازة عقاراً .

ففيما يتعلق بالملحقات ، يشملها رهن الحيازة وتكون مرهونة رهناً حيازياً كالشىء الأصلى ، ويجب تسليمها إلى الدائن المرتهن رهن حيازة على هذا الأساس . وقد ذكر النص أمثلة واضحة لهذه الملتحقات ، هذه هى :

١ – حقوق الارتفاق : والمفروض أن الشىء الأصلى المرهون هو عقار ، فيسلم مع هذا العقار حقوق الارتفاق الإيجابية التى يتمتع بها هذا العقار . فحق الارتفاق يتبع العقار الذى يخدمه ؛ ولا ينفصل عنه . فتكون حقوق الارتفاق مرهونة رهن حيازة مع العقار الأصلى ، حتى لو لم توجد حقوق الارتفاق إلا بعد رهن الحيازة ، باعتبارها توابع للعقار المرهون .

٢ – العقارات بالتخصيص : وهى منقولات بطبيعتها ، قد خصصها صاحبها لخدمة عقار يملكه ، فتصبح مرهونة رهن حيازة مع هذا العقار . فتدخل العقارات بالتخصيص ، كالماشية والآلات الزراعية والسماد والبذور وأدوات النقل والمفروشات المخصصة للفنادق والمصانع ونحو ذلك ، مع الشىء الأصلى المرهون رهن حيازة فتصبح مرهونة مثله ، دون حاجة إلى ذكر ذلك . ويستوى أن يكون العقار بالتخصيص موجوداً وقت رهن الحيازة ، أو وجد بعد ذلك . وإذا دخل العقار بالتخصيص فى رهن الحيازة ، ثم فصله الراهن وباعه وسلمه إلى المشترى ، فإن المشترى إذا كان حسن النية يملك العقار بالتخصيص الذى أصبح منقولا . ولكن يجوز للدائن المرتهن رهن حيازة أن يحجز على الثمن وهو فى يد المشترى ، إذا كان هذا

لم يدفعه بعد . ويستطيع الدائن المرتهن رهن حيازة أن يعارض فى تسليم العقار بالتخصيص للمشترى ، إذا كان هذا لم يتسلمه بعد .

٣ ــ التحسينات والإنشاءات : ويدخل فى التحسينات والإنشاءات ما أنتجته الطبيعة من تحسينات فى الأرض كتراكم الطمى الذى يزيد فى مساحة الأرض ، وما يصنعه مالك العقار بنفسه كتوسيع غرف المنزل وإعداد حديقة له وتيسير سبيل المرور إليه من الطريق العام . وبناء طابق جديد ، وإضافة ملاحق للبناء الموجود ، كل هذه تعتبر إنشاءات تتبع الشىء المرهون وتدخل معه فى الرهن الحيازى . وتدخل التحسينات والإنشاءات ضمن الرهن الحيازى ، أيا كانت قيمتها ولو زادت هذه القيمة على الشىء الأصلى المرهون .

وكل ما قدمنا ليس من النظام العام ، فيجوز للراهن والمرتهن أن يتفقا على إخراج شىء مما تقدم من رهن الحيازة ، فلا يصبح مرهوناً مع الشىء الأصلى المرهون .

وفيما يتعلق بالثمار ، فإن الدائن المرتهن رهن حيازة يستولى عادة على الشىء المرهون ، ومتى استولى عليه فإنه يستولى أيضاً على ثماره ، طبيعية أو مستحدثة أو مدنية . وتدخل هذه الثمار ضمن ما قبضه المرتهن رهن حيازة ، ويحاسب الراهن عليها . فهى دائماً ملحقة بالشىء الأصلى ، منذ أن يستولى الدائن المرتهن حيازة على هذا الشىء . ولكن قد يحدث أن المرهون يكون عقاراً ، وقبل أن يستولى الدائن المرتهن يحل الدين المضمون . عند ذلك يترتب على تسجيل تنبيه نزع ملكية العقار الأصلى المرهون ، أن يلحق بالعقار ما يغله من ثمار وإيراد عن المدة التى أعقبت التسجيل ، ويجرى فى توزيع هذه الغلة ما يجرى فى توزيع ثمن العقار . فإذا كانت الثمار مدنية ، فما يستحق منها عن المدة اللاحقة لتسجيل التنبيه إلى وقت رسو مزاد العقار المرهون يلحق بالعقار ويوزع كما يوزع ثمن العقار المرهون

نفسه . أما إذا كانت الثمار مستحدثة أو طبيعية ، فلا تلحق بالعقار إلا بنسبة المدة التي أعقبت التسجيل إلى كل المدة التي بقيت فيها هذه الثمار في الأرض . ذلك أنه لا مبرر للتفرقة بين الثمار المدنية وبين الثمار المستحدثة أو الطبيعية ، وما دامت هذه الثمار المستحدثة أو الطبيعية بقيت في الأرض مدة قبل التسجيل ، فإن ما يقابل هذه المدة يكون من حق الراهن .

المبحث الثالث

الدين المضمون

٥٢١ – *نص قانوني* : تنص المادة ١٠٩٨ مدني على ما يأتي :

« تسري على الرهن الحيازي أحكام المادة ١٠٣٣ وأحكام المواد من ١٠٤٠ إلى ١٠٤٢ المتعلقة بالرهن الرسمي »[1] .

أما المادة ١٠٣٣ فقد رأيناها تنص على أنه « ١ – إذا كان الراهن غير مالك للعقار المرهون فإن عقد الرهن يصبح صحيحاً إذا أقره المالك الحقيقي . . . ، وإذا لم يصدر هذا الإقرار فإن حق الرهن لا يترتب على العقار إلا من الوقت الذي يصبح فيه هذا العقار مملوكاً للراهن . ٢ – ويقع باطلا رهن المال المستقبل » . وقد سبق أن عالجنا هذا النص في رهن ملك الغير وفي رهن المال المستقبل ، فلا محل للعودة إلى ذلك[2] .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٥٣٤ من المشروع التمهيدي . وتليت هذه المادة على لجنة المراجعة ، فعدلت من أرقام المواد ، ووافقت على النص بعد هذا التعديل تحت رقم ١٢٠٢ في المشروع النهائي . وعدل مجلس النواب في أرقام المواد ، ووافق على النص تحت رقم ١١٢٣ . ووافقت لجنة مجلس الشيوخ على النص ، بعد تعديل في أرقام المواد تحت رقم ١٠٩٨ . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٩٧ – ١٩٨) .

التقنين المدني السابق م ٥٤٦ / ٦٦٩ : جملة الرهن ضامنة لكل جزء من الدين .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٥١١ – فقرة ٥١٢ .

بقيت المواد من ١٠٤٠ إلى ١٠٤٢ ، وهذه هى :

م ١٠٤٠ : « يجوز أن يترتب الرهن ضماناً لدين معلق على شرط أو دين مستقبل أو دين احتمالى كما يجوز أن يترتب ضماناً لاعتماد مفتوح أو لفتح حساب جار ، على أن يتحدد فى عقد الرهن مبلغ الدين المضمون أو الحد الأقصى الذى ينتهى إليه الدين » .

م ١٠٤١ : « كل جزء من العقارات المرهونة ضامن لكل الدين ، وكل جزء من الدين مضمون بالعقار أو العقارات المرهونة كلها ، ما لم ينص القانون أو يقض الاتفاق بغير ذلك » .

م ١٠٤٢ : « ١ – لا ينفصل الرهن عن الدين المضمون ، بل يكون تابعاً له فى صحته وفى انقضائه ، ما لم ينص القانون على غير ذلك . ٢ – وإذا كان الراهن غير المدين ، كان إلى جانب تمسكه بأوجه الدفع الخاصة به ، أن يتمسك بما للمدين التمسك به من أوجه الدفع المتعلقة بالدين ويبقى له هذا الحق ولو نزل عنه المدين . » .

٥٢٢ – قاعدة التخصيص لا تنطبق أيضا على الدين المضمون فى رهن الحيازة : وكما لا تنطبق قاعدة التخصيص على رهن الحيازة من حيث العقار المرهون[1] ، كذلك لا تنطبق هذه القاعدة على رهن الحيازة من حيث الدين المضمون .

فلم يرد فى النصوص نص يوجب أن يكون الدين المضمون فى رهن الحيازة معيناً تعييناً دقيقاً ، كنص المادة ١٠٣٥ فى الرهن الرسمى .

وكل ما يجب هو تطبيق القواعد العامة ، فيما يتعلق بتعيين الدين المضمون فى رهن الحيازة ، فيجب إذن أن يكون الدين المضمون فى رهن الحيازة معيناً أو قابلا للتعيين .

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٥١٧ .

بل إن فى النصوص التى قدمناها[1] وهى تنطبق على رهن الحيازة ، ما يفهم منه جواز أن يكون الدين المضمون فى رهن الحيازة ديناً مستقبلا ، وديناً احتمالياً ، واعتماداً مفتوحاً ، وفتح حساب جار ، على أن يتحدد فى عقد الرهن الحد الأقصى الذى ينتهى إليه الدين .

كل هذا لا يفهم منه إلا أن الدين المضمون فى رهن الحيازة يصح أن يكون قابلا للتعين ، وليس من الضرورى أن يكون معيناً تعييناً دقيقاً .

ونقتصر هنا على الكلام بإيجاز فى المواد ١٠٤٠ الى ١٠٤٢ مطبقة على رهن الحيازة ، فنتكلم فى تحديد الدين المضمون (م ١٠٤٠ مدنى) ، وفى أن كل جزء من الشيء المرهون ضامن لكل الدين وكل جزء من الدين مضمون بكل المرهون رهن حيازة (م ١٠٤١ مدنى) ، وفى أن الرهن لا ينفصل عنه (م ١٠٤٢ مدنى) .

٥٢٣ — *تحديد الدين المضمون* : رأينا[2] أن المادة ١٠٤٠ تنص على أنه « يجوز أن يترتب الرهن ضماناً لدين معلق على شرط أو دين مستقبل أو دين احتمالى كما يجوز أن يترتب ضماناً لاعتماد مفتوح أو لفتح حساب جار ، على أن يتحدد فى عقد الرهن مبلغ الدين المضمون أو الحد الأقصى الذى ينتهى إليه هذا الدين » . والديون المذكورة فى النص لا تحمل فى ذاتها قدراً كافياً من التحديد ، كالديون المستقبلة والديون الاحتمالية ، ولكن فى النص وضع قاعدة لتحديدها بتعيين الحد الأقصى الذى ينتهى إليه الدين .

فلا يجوز أن يعقد رهن حيازة لضمان كل الديون التى تثبت فى ذمة المدين ، سواء فى أية مدة ، أو فى مدة معينة ، ما دامت الديون نفسها لم تعين كل دين على حدة من ناحية المقدار والمصدر . كذلك لا يجوز أن

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٥٢١ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٥٢١ .

بمتد الرهن الحيازى لضمان أى دين آخر لم يعين مقداره ومصدره ، يثبت فى ذمة المدين بعد الدين المضمون بالرهن .

ويتحدد الدين المضمون بأمرين :

١ – بمقداره : فيحدد هذا المقدار من رأس مال وفوائد ومتى يبدأ سريان الفوائد . ويستوى فى ذلك الدين المنجز والدين المعلق على شرط ، فهذه كلها ديون يمكن ضمانها بالرهن الحيازى . وإذا كان الدين مستقبلا كاعتماد مفتوح فى مصرف لم يسحب منه المدين شيئاً ، أو كان ديناً احتمالياً كفتح حساب جار يحتمل أن يكون رصيده دائناً أو مديناً ، كان تحديد مقداره فى عقد الرهن بتحديد حد أقصى ينتهى إليه الدين . وإذا كان الدين المضمون بالرهن الحيازى هو تعويض عن عمل غير مشروع لم يتحدد مقداره ، وجب تعيين العناصر المعروفة لمقدار هذا التعويض حتى يصبح هذا المقدار معروفاً بقدر الإمكان . أما فى القيد ، إذا كان الشىء المرهون عقاراً ، فيجب تحديد مبلغ تقريبى ينتهى إليه الدين ، وهذا المبلغ هو الذى يطلع عليه الغير ويحتج عليه به .

٢ – وبمصدر الدين : فيجب أيضاً تحديد المصدر ، هل هو عقد أو هو عمل غير مشروع أو إثراء بلا سبب أو إرادة منفرة أو هو القانون فقد يكون الدين المضمون ثمناً فى عقد بيع أو قرضاً أو إيراداً مدى الحياة أو شرطاً فى عقد هبة أو التزاماً بعمل أو تعويضاً عن عمل غير مشروع . وقد يكون ديناً معلقاً على شرط أو مضافاً إلى أجل أو منجزاً ، كما قد يكون ديناً مستقبلا أو ديناً احتمالياً .

وجزاء عدم تحديد الدين المضمون بالرهن الحيازى على الوجه سالف الذكر ، هو بطلان عقد الرهن الحيازى . والسطلان هنا هوبطلان مطلق ، ويستطيع أن يتمسك به كل ذى مصلحة . فيتمسك به المدين والدائن المرتهن

وورثة كل منها والخلف الخاص ، والدائنون المرتهنون المتأخرون فى المرتبة ، وحائز الشىء المرهون .

٥٢٤ — كل جزء من الشىء المرهون ضامن لكل الدين وكل جزء من الدين مضمون بكل المرهون رهن حيازة : وقد رأينا[1] أن المادة ١٠٤١ مدنى تنص على أن « كل جزء من العقار أو العقارات المرهونة ضامن لكل الدين ، وكل جزء من الدين مضمون بالعقار أو العقارات المرهونة كلها ، ما لم ينص القانون أو يقض الاتفاق بغير ذلك » . فالرهن الحيازى ، كما قدمنا[2] ، غير قابل للتجزئة ، « ما لم ينص القانون أو يقض الاتفاق بغير ذلك » . فيجوز أن يتفق الراهن والمرتهن حيازة على أن يكون الرهن الحيازى قابلا للتجزئة ، فيخصص جزء من الدين المضمون لجزء من الأشياء المرهونة حيازة ، وبذلك يصبح رهن الحيازة قابلا للتجزئة بناء على هذا الاتفاق .

وقد جعل القانون رهن الحيازة غير قابل للتجزئة ، بحيث إذا لم يتفق الراهن مع الدائن المرتهن على تجزئته أو لم يتنازل الدائن المرتهن عن عدم التجزئة أصبح الرهن غير قابل للتجزئة ، لأن هذا هو فى مصلحة الدائن المرتهن ، ويفرض القانون أن هذا هو ما أراده المتعاقدان إلا إذا اتفقا على غير ذلك . لذلك يجوز للدائن المرتهن ، بعد انعقاد رهن الحيازة ، أن ينزل عن عدم قابليته للتجزئة . فإذا كان هناك مثلا عقار ومنقول متساوياً القيمة ومرهونان رهن حيازة ضماناً لوفاء دين ، ووفى المدين نصف الدين ، جاز للدائن المرتهن أن ينزل عن رهن المنقول ويستبقى الرهن على العقار ضماناً لوفاء نصف الدين الباقى .

وهذا الارتباط ما بين الشىء المرهون والدين المضمون ، المبنى على عدم قابلية رهن الحيازة للتجزئة ، له معنيان :

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٥٢١ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٥٠٠ .

(المعنى الأول) أن أى جزء من الشيء المرهون رهن حيازة ضامن لكل الدين . فلو كان المرهون عقاراً ومنقولا ، فإن الدائن المرتهن يستطيع باعتباره دائناً مرتهناً أن ينفذ بكل الدين على المنقول وحده دون العقار ، فإذا استوفى كل حقه من هذا المنقول برئت ذمة المدين وتخلص العقار من الرهن . وإذا باع المدين الراهن العقار ، كان هذا العقار مرهوناً فى كل الدين ، وجاز للدائن المرتهن أن يتتبع العقار فى يد المشترى وينفذ عليه بكل الدين لا بجزء من الدين يتناسب مع العقار المبيع . وإذا فرض أن العقار المرهون انتقل إلى ورثة مالكه ، فإن الجزء من العقار الذى يملكه كل وارث يبقى مرهوناً فى كل الدين ، ولا يجوز شطب الرهن عن هذا الجزء بعد سداد نصيب الوارث من الدين ، بل إن الرهن لا يشطب إلا بعد سداد الدين كله . ويتبين مما تقدم أنه إذا رهن عقار ومنقول فى دين واحد، جاز للدائن المرتهن أن يختار العقار لينفذ عليه بحقه كله . فلا يكون هذا الدائن المرتهن مجبراً على أن يقسم الدين بين العقار والمنقول ، وأن ينفذ على العقار بنصيبه فى الدين . ويجوز للدائن المرتهن أن يختار العقار ، كما قدمنا ، للتنفيذ عليه بالحق كله ، حتى لو أضر هذا الاختيار بالدائنين المرتهنين المتأخرين فى المرتبة على هذا العقار ، وذلك بشرط ألا يستعمل الدائن المرتهن حق الاختيار هذا بنية الإضرار بالدائنين المرتهنين المتأخرين ، أى دون أن تكون له مصلحة مشروعة فى هذا الاختيار ، وإلا كان متعسفاً فى استعمال حقه[1] .

(المعنى الثانى) أن أى جزء من الدين مضمون بكل الشيء المرهون . فلو وفى المدين ثلثى الدين مثلا وبقى الثلث ، فإن هذا الثلث يبقى مضموناً بكل الشيء المرهون حيازة ، ولا يتخلص ثلثا هذا الشيء من الرهن . فلو

---

(١) انظر فيما يتعلق بالرهن الرسمى نقض فرنسى ٩ مايو سنة ١٩٠٥ داللوز ١٩٠٩ - ١ - ٢٢٥ - بلانيول وريبير وبيكيه ١٢ فقرة ٣٤٠ ص ٣٨٦ .

باع المدين فى هذه الحالة كل الشىء المرهون ، انتقل الشىء إلى المشترى مرهوناً كله فى ثلث الدين ، ويجوز للدائن المرتهن أن يتتبع الشىء المرهون فى يد المشترى وأن ينفذ عليه بثلث الدين الباقى . وإذا مات الدائن المرتهن وورثه ثلاثة أشخاص بأنصبة متساوية ، فإن كل وارث يكون له ثلث الدين المضمون ولكنه يستطيع أن ينفذ بحقه هذا على كل الشىء المرهون . وإذا مات المدين الراهن عن ثلاثة من الورثة بأنصبة متساوية ، فى القانون الفرنسى حيث يورث الدين عن المدين يكون كل وارث مسئولا عن ثلث الدين ، ولكن إذا انتقل إليه الشىء المرهون كله ، جاز للدائن المرتهن أن ينفذ الشىء بكل الدين ، ويكون للوارث الرجوع على الوارثين الآخرين كل منهما بقدر نصيبه فى الدين .

٥٢٥ — عدم انفصال الرهن عن الدين المضمون : وقد رأينا[1] أن المادة ١٠٤٢ مدنى تنص على أنه « ١ — لا ينفصل الرهن عن الدين المضمون ، بل يكون تابعاً له فى صحته وفى انقضائه ، ما لم ينص القانون على غير ذلك . ٢ — وإذا كان الراهن غير المدين ، كان له إلى جانب تمسكه بأوجه الدفع الخاصة به ، أن يتمسك بما للمدين التمسك به من أوجه الدفع المتعلقة بالدين ، ويبقى له هذا الحق ولو نزل عنه المدين » . فرهن الحيازة تابع للدين المضمون ، فلا ينفصل عنه بل يسير معه وجوداً وعدماً . وللكفيل العينى (الراهن غير المدين) الحق فى أن يتمسك بأوجه الدفع الدفع الخاصة بالدين ، وذلك إلى جانب الدفوع الخاصة به .

أما أن رهن الحيازة تابع للدين المضمون ، فذلك لأن رهن الحيازة لا يقوم إلا بقيام الدين المضمون . فلا بد أن يكون الدين المضمون التزاماً مدنياً صحيحاً ، حتى يكون رهن الحيازة صحيحاً . أما إذا كان الدين المضمون

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٥٢١ .

باطلا أو قابلا للإبطال أو للنقض ، فإن رهن الحيازة يكون كالدين المضمون باطلا أو قابلا للإبطال أو للنقض . ويختفى رهن الحيازة باختفاء الدين المضمون . فإذا انقضى الدين المضمون بأية طريقة من طرق الانقضاء ، فإن رهن الحيازة ينقضى بانقضاء الدين المضمون . فرهن الحيازة تابع ، والدين المضمون متبوع . يبطل رهن الحيازة كلما بطل الدين المضمون ، وينقضى كلما انقضى . وعلى ذلك إذا كان الدين المضمون باطلا لعيب فى الشكل أو لانعدام الرضاء أو لعدم توافر شروط المحل أو لعدم مشروعية السبب ، كان رهن الحيازة باطلا مثله . ولكل ذى مصلحة أن يتمسك بهذا البطلان ، فيتمسك به المدين الراهن وخلفه العام وخلفه الخاص ، وكل دائن مرتهن متأخر فى المرتبة ، وكل حائز للشىء المرهون . وللمدين الراهن أن يتمسك بإبطال عقد الرهن ، إذا كان الدين المضمون قابلا للإبطال لعيب فى الرضاء أو لنقص فى الأهلية . وكذلك يجوز للمدين الراهن أن يتمسك بانقضاء الدين المضمون ، إذ أن الرهن قد انقضى كانقضاء الدين . فإذا انقضى الدبن المضمون بالوفاء أو بالوفاء بمقابل أو بالتجديد أو بالمقاصة أو باتحاد الذمة أو بالإبراء أو باستحالة التنفيذ أو بالتقادم ، جاز للراهن أن يتمسك بانقضاء الرهن تبعاً لانقضاء الدين المضمون . وفى هذا تقول الفقرة الأولى من المادة ١٠٤٢ ، كما رأينا ، « لا ينفصل الرهن عن الدين المضمون ، بل يكون تابعاً له فى صحته وفى انقضائه ، ما لم ينص القانون على غير ذلك » . ومما نص القانون فيه على غير ذلك ، فيبقى الرهن مع انقضاء الدين المضمون ، دعوى الحلول . فيجوز لشخص أن يفى بالدين فينقضى ، ويحل محل الدائن المرتهن حلولا قانونياً أو حلولا اختيارياً فيرجع على الراهن التى حل فيها محل الدائن المرتهن .

وأما أن للكفيل العينى الحق فى أن يتمسك بأوجه الدفع المتعلقة بالدين إلى جانب الدفوع الخاصة به ، فذلك واضح . ذلك أنه ما دام المدين الراهن

يستطيع أن يتمسك بأوجه الدفع المتعلقة بالدين ، كأن يكون الدين باطلا أو قابلا للإبطال أو منقضياً ، كذلك يجوز للراهن ولو لم يكن مديناً أن يتمسك بأوجه الدفع هذه ، فإن الرهن الحيازى الواقع على ملكه تابع للدين ، فيكون باطلا أو قابلا للإبطال أو منقضياً بحسب الدين نفسه . وللكفيل العينى أن يتمسك بأوجه الدفع هنا ، حتى لو نزل عنها المدين : فإذا كان الدين قابلا للإبطال للإكراه مثلا ، ونزل المدين عن التمسك بإبطال الدين ، فإن هذا النزول لا يمنع الكفيل العينى من التمسك بإبطال الدين حتى يستطيع أن يبطل الرهن المعقود على ملكه . فيكون إذن للكفيل العينى أن يتمسك بأوجه الدفع الخاصة بالدين نفسه لأنه يكفله ، وله أيضاً أن يتمسك بأوجه الدفع الخاصة به . وهذا طبيعى ، لأن الكفيل العينى له أن يتمسك بالدفوع التى يتمسك بها الكفيل الشخصى ، فهو لم يخرج عن كونه كفيلا يضمن دين الغير ، فيستطيع أن يتمسك بالدفوع الخاصة بهذا الدين ، وبالدفوع الخاصة به هو . فيجوز للكفيل العينى أن يتمسك بأن الدين المضمون باطل ، أو قابل للإبطال ، أو منقض . أما الدفوع المتعلقة بالكفيل العينى نفسه ، فهى ترجع إلى العقد المبرم ما بين الكفيل العينى والدائن المرتهن . فيجوز أن يكون هذا العقد باطلا أو قابلا للإبطال ، دون أن يكون الدين المضمون باطلا أو قابلا للإبطال . فى هذه الحالة يجوز للكفيل العينى أن يدفع بأن عقده مع الدائن المرتهن باطل أو قابل للإبطال ، فيتخلص من الرهن الذى عقده مع بقاء المدين الأصلى ملزماً بالدين . وقد ترجع الدفوع الخاصة بالفكيل العينى إلى ما يرد على عقده من أوصاف ، كعدم تحقق الشرط الواقف أو تحقق الشرط الفاسخ . فيتمسك الكفيل العينى بأن الرهن الذى عقده لم ينشأ لأنه كان معلقاً على شرط واقف لم يتحقق ، أو على شرط فاسخ تحقق . كذلك قد ترجع الدفوع الخاصة بالكفيل العينى إلى أن الرهن قد انحل دون أن ينقضى الدين المضمون ، ويتحقق ذلك مثلا

إذا نزل الدائن المرتهن عن الرهن فينقضي دون أن ينقضي الدين المضمون ، فيجوز للكفيل العيني في هذه الحالة أن يتمسك بانقضاء الرهن .

٥٢٦ — **الرهن التجاري** : ولا يراعي القضاء في الرهن التجاري ما يراعيه في الرهن المدني . فيجوز أن يعقد الرهن التجاري ضماناً لدين غير معين[1] ، وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن النص في عقد الرهن التجاري الذي يرهن بموجبه العميل إلى المصرف أوراقاً تجارية معينة ومظهرة منه تأميناً لكل ما عسى أن ينشأ في ذمته من ديون لذلك المصرف يقع صحيحاً ، ولو تضمنه نموذج مطبوع اقتصر على توقيعه[2] . وقضت أيضاً بأنه لا يمنع من صحة الرهن أن يكون المرهون سلعاً سيصير تسليمها ، وأن يكون الدين المضمون هو المصروفات التي تتكلفها هذه السلع إذ أن هذه المصروفات لا يمكن تعيينها إلا بعد وصول كل السلع[3] .

الفصل الثاني

آثار الرهن

٥٢٧ — **فيما بين المتعاقدين وبالنسبة إلى الغير** : الرهن الحيازي ، إذا انعقد صحيحاً ، ينتج آثاراً معينة فيما بين المتعاقدين إذ يوجد التزامات في جانب كل منهما ، وكذلك ينتج آثاراً معينة بالنسبة إلى الغير .

---

(١) استئناف مختلط ١٤ يونيه سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٣٢٥ — ٩ مايو سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢٨٦ — ٧ فبراير سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ١٣٦ .

(٢) استئناف مختلط ٢٤ أبريل سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢٤٩ — ١٤ يونيه سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٣٢٥ — ٩ مايو سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢٨٦ .

(٣) استئناف مختلط ٧ فبراير سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ١٣٦ .

ونعالج كلا من الموضوعين فى فرع .

الفرع الأول

آثار الرهن الحيازى فيما بين المتعاقدين

٥٢٨ — **الرهن الحيازى عقد ملزم للجانبين** : رأينا أن الرهن الحيازى انقلب ، من عقد عينى يغلب أن يكون ملزماً لجانب واحد فى التقنين المدنى السابق ، إلى عقد رضائى لا شك فى أنه ملزم للجانبين فى التقنين المدنى الجديد .

وما دام عقد الرهن الحيازى عقداً ملزماً للجانبين فى الوقت الحاضر ، فنعقد لالتزامات كل من الجانبين ، الراهن والدائن المرتهن ، نحو الآخر مبحثاً مستقلا .

المبحث الأول

التزامات الراهن حيازة

٥٢٩ — **التزامات أربعة** : يلتزم الراهن حيازة نحو الدائن المرتهن بالتزامات أربعة هى : (١) إيجاد حق عينى على العين المرهونة لمصلحة الدائن المرتهن ، هو حق رهن الحيازة . (٢) تسليم الشيء المرهون ونقل حيازته إلى الدائن المرتهن . ٣) ضمان الراهن لسلامة الرهن ونفاذه (٤) ضمان الراهن هلاك الشيء المرهون أو تلفه .

ونعقد لكل من الالتزامات الأربعة مطلباً .

المطلب الأول

إيجاد حق رهن الحيازة

٥٣٠ — نص قانوني : سبق أن أوردنا نص المادة ١٠٩٦ مدنى ، ونثبت الآن ما ورد فى هذه المادة خاصاً بإيجاد حق رهن الحيازة .

تقول المادة ١٠٩٦ مدنى فيما قالته : « الرهن الحيازى عقد به يلتزم شخص . . . أن يسلم إلى الدائن . . . . شيئاً يرتب عليه للدائن حقاً عينياً . . . . » .

فهذا الحق العينى هو رهن الحيازة ، يخول الدائن حبس الشئ لحين استيفاء الدين ، وأن يتقدم الدائنين العاديين والدائنين التالين له فى المرتبة فى انقضاء حقه من ثمن هذا الشيء فى أى يد يكون .

٥٣١ — رهن ملك الغير ورهن المال المستقبل : ومن أجل ذلك كان رهن ملك الغير قابلا للإبطال ، وكان رهن الشيء المستقبل باطلا ، فيما قدمنا .

ولم يكن الراهن بمستطيع أن يوجد رهن الحيازة على ملك الغير إذا كان الغير لا يقر هذا الرهن ، ومن ثم كان رهن ملك الغير رهن حيازة قابلا للإبطال ، ولا ينقلب صحيحاً إلا إذا أقر الرهن فيكون الغير هو الراهن ، أو إذا انتقلت ملكية الشيء المرهون إلى الراهن ومن وقت انتقال الملكية ، فيكون الراهن مالكاً للشيء المرهون .

وكذلك لا يستطيع الراهن أن يوجد رهن الحيازة على شيء مستقبل لم يعين ، ومن ثم كان رهن المال المستقبل رهن حيازة باطلا لعدم تعيين المال .

٥٣٢ — إيجاد رهن الحيازة إذا كان الراهن مالكا للشيء المرهون : فإذا كان الراهن مالكاً للشيء المرهون وتوافر فى هذا الشيء شروط رهن

الحيازة ، فإنه بمجرد انعقاد رهن الحيازة صحيحاً وجد حق رهن الحيازة على الشيء المرهون من تلقاء نفسه .

وفي هذا تقول المادة ٢٠٤ مدني : « الالتزام بنقل الملكية أو أي حق عيني آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق ، إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم » . وهذا النص يشمل الالتزام بإيجاد حق عيني ؛ فيوجد هذا الحق إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم . فإذا كان الراهن يملك الشيء المرهون حيازة ، كان هذا الشيء معيناً بالذات يملكه الملتزم ، فيوجد حق رهن الحيازة من تلقاء نفسه بمجرد انعقاد رهن الحيازة صحيحاً .

وإذا كان الراهن لا يملك الشيء المرهون حيازة ، بقي ملتزماً بإيجاد حق الرهن الحيازي ، وجاز للدائن المرتهن أن يطالبه بتعويض وأن يطلب سقوط أجل الدين[1] .

المطلب الثاني

تسليم الشيء المرهون ونقل حيازته إلى الدائن المرتهن

٥٣٣ — *نص قانوني* : تنص المادة ١٠٩٩ مدني على ما يأتي :

« ١ — على الراهن تسليم الشيء المرهون إلى الدائن أو إلى الشخص الذي عينه المتعاقدان لتسلمه » .

« ٢ — ويسري على الالتزام بتسليم الشيء المرهون أحكام الالتزام بتسليم الشيء المبيع »[2] .

---

(١) انظر فيما يتعلق بالرهن الرسمي آنفاً فقرة ١٦٩ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٥٣٥ من المشروع التمهيدي . وعدلته لجنة المراجعة تعديلا لفظياً بسيطا ، فأصبح مطابقاً لما استقر عليه في التقنين الجديد ، تحت رقم ١٢٠٣ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١٨٨ ، ثم مجلس —

وقد جاء فى مذكرة المشروع التمهيدى ، فى خصوص هذا النص ، ما يأتى :

« ١ – أول التزام فى ذمة الراهن هو أن يسلم العين المرهونة إلى الدائن المرتهن ، أو إلى عدل يعينه المتعاقدان ، وقد أصبح التسليم التزاماً لا ركناً فى العقد كما تقدم . وقبل التسليم يتم الرهن ، ويترتب الحق العينى ، ويبقى هذا الحق نافذاً فيما بين المتعاقدين ، ويستطيع الدائن عند حلول الدين أن ينفذ على العين المرهونة بحقه باعتباره دائناً مرتهناً لا باعتباره دائناً عادياً . ولكن لا يكون له أن يتقدم أو يتتبع ، لأن الرهن لا ينفذ فى حق الغير قبل التسليم » .

« ٢ – وتتبع فى تسليم العين المرهونة الأحكام التى تنطبق على تسليم العين المبيعة ، من حيث كيفية التسليم ومكانه وزمانه وما إلى ذلك . وحيازة الدائن المرتهن للعين هى حيازة لحق عينى ، هو حق الرهن »[1] .

ولاشك فى أن تسليم العين ونقل حيازتها إلى الدائن المرتهن رهن حيازة ، هو من أهم موضوعات رهن الحيازة ، وهو الذى يميز رهن الحيازة عن الرهن الرسمى وعن غيره من العقود . لذلك يكون طبيعياً أن يستوقفنا هذا المطلب طويلا ، فهو يقتضى كثيراً من العناية .

= الشيوخ تحت رقم ١٠٩٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٩٩ – ص ٢٠١) .

التقنين المدنى السابق : لا مقابل .

التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى : انظر المواد ١٠٣٠ و ١٠٤٦ و ١٠٥٥ .

التقنين الليبى م ١١٠٣ : ١ – على الراهن تسليم الشىء المرهون إلى الدائن ، أو إلى الشخص الذى عينه المتعاقدان لتسلمه . ٢ – ويسرى على الالتزام بتسليم الشىء المرهون أحكام الالتزام بتسليم الشىء المبيع .

التقنين المدنى العراقى : انظر م ١٣٢١ .

قانون الملكية العقارية اللبنانى : انظر م ١٠١ .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٠٠ .

ونبسط قبل كل شيء المسائل التي يتناولها في هذا المطلب ، مع ترتيبها ترتيباً منطقياً ملائماً . فنتكلم أولا في نقل الحيازة في التقنين المدني السابق وفي التقنين المدني الجديد ، ثم في الغرض من انتقال الحيازة ، ولمن تنتقل ، وفي عودة الشيء المرهون إلى راهنه عن طريق الإيجار أو بسبب لا يقصد به إنهاء الرهن ، وفي تخلي المرتهن عن الحيازة لغير الرهن . ثم نتكلم في انتقال الحيازة كانتقال الشيء المبيع ، فنتكلم في الزمان وفي المكان وفي كيفية التسليم وفيما يترتب على عدم التسليم .

٥٣٤ — نقل الحيازة في التقنين المدني السابق : قدمنا أن رهن الحيازة كان في التقنين المدني السابق عقداً عينياً ، فكان لا ينعقد إلا إذا سلم الراهن الشيء المرهون إلى الدائن المرتهن (أو عدل) ونقل إليه حيازته على سبيل الرهن .

فإذا لم يسلم الشيء المرهون ، فلا ينعقد الرهن ، ولا يكون هناك إلا مجرد وعد بالرهن .

وقد صدرت أحكام كثيرة ، في ظل التقنين المدني السابق ، في هذا المعنى[1] .

---

(١) استئناف وطني ٣١ ديسمبر سنة ١٨٩٦ القضاء ٤ ص ٧٦ — ٥ أبريل سنه ١٩١٧ الحقوق ٣٣ ص ١٠٧ — الإسكندرية ٤ فبراير سنة ١٩٠٧ الحقوق ٢٣ ص ٣١ — مصر استئناف ١٠ فبراير سنة ١٩١٢ الحقوق ٢٧ ص ١٨٠ — استئناف مختلط ١٣ فبراير سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ١٢٠ — ١٥ نوفبر سنة ١٨٩٩ م ١٢ ص ١٢ — ٢٩ نوفبر سنة ١٩٠٠ م ١٣ ص ٢٧ — ١٣ مارس سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ١٩٨ — ١٦ نوفبر سنة ١٩٠٤ م ١٧ ص ٩ — ١٣ أبريل سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٢٠٧ — ٨ يناير سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٣٥٨ — ٢٤ مايو سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٣٣٩ — ٦ مايو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٦٢ — ٢٣ أبريل سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٣٥١ — ٢٠ يناير سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ١٢٤ — ٧ مارس سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٢٦٦ .

وقد قضت محكمة النقض بأن القانون يوجب لصحة رهن الحيازة وضع المرهون في حيازة الدائن المرتهن ، ويقضي ببطلان هذا الرهن إذا رجع المرهون إلى حيازة راهنه . وإذ كان عقد —

ولما كان عدم تسليم الشيء إلى الدائن المرتهن من نتائجه أن يكون هناك مجرد وعد بالرهن ، فإن هذا الوعد بالرهن كان يرتب على الواعد التزاماً هو تسليم العين إلى الدائن المرتهن[1] .

٥٣٥ — نقل الحيازة فى التقنين المدنى الجديد : أما فى التقنين المدنى الجديد ، فقد أصبح رهن الحيازة عقداً رضائياً لا عقداً عينياً . فينعقد بمجرد تبادل إيجاب وقبول متطابقين ، ولا يشترط فى انعقاده نقل الحيازة من الراهن .

ولكن نقل الحيازة أصبح فى التقنين المدنى الجديد التزاماً على الراهن ، لا ركناً فى العقد ، له غرض ، وكيفية ، وزمان ، ومكان ، وما إلى ذلك .

٥٣٦ — الغرض من انتقال الحيازة : ولانتقال الحيازة كالتزام ، فى التقنين المدنى الجديد ، سببان :

(السبب الأول) متى انتقلت الحيازة إلى الدائن المرتهن ، تمكن هذا من حبس العين المرهونة إلى حين استيفاء حقه . وتمكن أيضاً من مباشرة

= الإيجار يضع العين المؤجرة فى حيازة المستأجر ، فإنه يكون على المحكمة ، متى أثبتت فى حكمها أن الراهن استأجر العين المرهونة فى اليوم الذى حصل فيه رهنها ، أن تعتبر أن حيازة المرهون لم تنتقل إلى المرتهن أو أنها رجعت على الفور إلى الراهن ، وفى كلتا الحالتين يجب عليها أن تحكم ببطلان الرهن (نقض مدنى ١٤ ديسمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة الخمسة والعشرين عاما ١ ص ٣٩٢ رقم ٧) .

وقضت أيضاً بأنه فى عقد الرهن الحيازى إذا امتنع الراهن من تسليم الرهن ، أمكن المرتهن أن يجبره على ذلك قضاء ، ويبطل الرهن إذا بقى المرهون باختيار المرتهن فى حيازة الراهن أو رجع إليه باختياره أيضاً . . . أما إذا ثبت أن عدم وضع يد المرتهن على العين المطلوب حبسها قد كان غصبا ، فلا يبطل الرهن بل يبقى صحيحاً ، ويكون للمرتهن حق المطالبة بالحبس (نقض مدنى ٣١ مايو سنة ١٩٣٤ مجموعة الخمسة والعشرين عاما ١ ص ٣٩٣ رقم ٨) . وانظر أيضاً نقض مدنى ١٤ مايو سنة ١٩٤٢ (مجموعة الخمسة والعشرين عاما ١ ص ٣٩٣ رقم ٩) .

(١) انظر عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٤٤١ ص ٥٤٨ هامش ٢ .

دوره كدائن مرتهن ، فيستطيع أن يحافظ على العين المرهونة ، وأن يديرها ، وأن يستغلها ، وأن يحاسب الراهن على كل ذلك إلى أن ينتهى الرهن ، فيردها إلى مالكها . وسيأتى بيان ذلك تفصيلا فيما يلى .

(السبب الثانى) وهو سبب يرجع إلى شهر الرهن بالنسبة إلى الغير ، فيعلم الغير ، ما دامت الحيازة قد انتقلت من الراهن ، أن الشيء المرهون لم يعد من أملاك الراهن الحرة الخالية من حقوق الغير عليها . وهذا إعلان للغير بوجود حق رهن حيازة على العين المرهونة ، فلا يطمئن إلى التعامل فى هذه العين مع الراهن ، طالما أن العين قد خرجت من حيازته وأن للدائن المرتهن حق رهن عليها[1] .

فانتقال الحيازة إذن يقوم بمهمتين : أحدهما فيما بين المتعاقدين إذ يتمكن الدائن المرتهن من أن يقوم بالتزاماته نحو الراهن ومن أن يستعمل حقوقه كحق الحبس ، والثانى بالنسبة إلى الغير إذ يعلن انتقال الحيازة الغير بوجود رهن حيازة .

٥٣٧ — لمن تنتقل الحيازة — الحيازة بوساطة أجنبى أو عدل : والأصل هو أن تنتقل الحيازة إلى الدائن المرتهن ، فهو أحد طرفى العقد ، وهو الطرف الذى جعل انتقال الحيازة لحمايته ولضمان مصالحه .

ولكن لا يوجد ما يمنع من أن يتفق المتعاقدان ، الراهن والدائن المرتهن ، على أجنبى ، يسمى عدلا فى الفقه الإسلامى ، يتسلم الشيء المرهون ويحتفظ به نيابة عن الدائن المرتهن[2] .

---

(١) ويقول الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقى : « والغرض من انتقال الحيازة هو جعل المرهون بمنأى عما قد يجريه فيه الراهن من تصرفات تضر بالمرتهن ، كإخفاء المنقول ، أو تصرفه فيه لشخص حسن النية يستطيع أن يحتمى وراء قاعدة الحيازة فى المنقول سند الملكية . وكذلك يؤدى انتقال الحيازة نوعاً من الإشهار ، إذ يستطيع الغير أن يعلموا بوساطته أن المرتهن قد تعلق له حق على الشيء ، وأن الشيء لم يعد حرا خالصا للراهن » (عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٤٤٢) .

(٢) استئناف مختلط ١٦ أبريل سنة ١٨٩٦ م ٧ ص ٢٢٠ — ١٤ يونيه م ١١ ص ٢٩٥ — ١١ يونيه سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣٤٩ .

وإلى ذلك تشير المادة ١٠٩٦ مدنى حين تقول : « الرهن الحيازى عقد به يلتزم شخص . . . أن يسلم إلى الدائن أو إلى أجنبي يعينه المتعاقدان ، شيئاً . . » ، والمادة ١/١٠٩٩ حين تقول : « على الراهن تسليم الشيء المرهون إلى الدائن أو إلى الشخص الذى عينه المتعاقدان لتسلمه » ، والمادة ١/١١٠٩ حين تقول : « يجب لنفاذ الرهن فى حق الغير أن يكون الشيء المرهون فى يد الدائن أو الأجنبي الذى ارتضاه المتعاقدان » .

ويتبين من ذلك أن « العدل » يجب أولا أن يتفق عليه المتعاقدان ، الراهن والدائن المرتهن ، ولا ضرورة لأن يدخل « العدل » فى هذا الاتفاق[1] ولكن يجب أن يقبل « العدل » مهمته ، ولو برضاء سابق أو لاحق ، وأن يكون أهلا للتعهد[2]. ولا يشترط فى الاتفاق على العدل أى شرط خاص ، ويكون إثباته خاضعاً للقواعد العامة[3] .

ويصح أن يكون العدل دائناً مرتهناً سابقاً ، فيحوز الشيء بصفته دائناً مرتهناً وبصفته عدلا نائباً عن دائن مرتهن آخر ، ولكن لا يصح أن يكون هو الراهن إذ لا يوجد ما يستدل منه على وجود الرهن[4] .

وإذا كان الشيء المرهون فى يد العدل قبل تقرير الرهن ، بصفة أخرى كمودع عنده ، ثم تقرر الرهن واتفق برضاه على أن يكون هو

(١) استئناف أسيوط ٧ ديسمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٢٤٦ ص ٣٣٤ – لوران فقرة ٤٨٤ – بودرى ودى لوان فقرة ٨٥ .

(٢) لوران فقرة ٤٨٤ – بودرى ودى لوان فقرة ٨٥ – أوبرى ورو ٣ فقرة ٤٣٢ وهامش ٢٤ – پلانيول وريپير وبيكيه فقرة ١٠٤ – محمد كامل مرسى فقرة ٢٩٨ ص ٢٨٥ – ص ٢٨٦ .

(٣) لوران فقرة ٤٨٤ – جيوار فقرة ١٠٤ – محمد كامل مرسى فقرة ٢٩٨ ص ٢٨٦ .

(٤) پلانيول وريپير وبيكيه فقرة ١٠٣ .

العدل ، فلا يكفى أن يعلنه الدائن المرتهن بعقد رهنه ، بل يجب إقرار من العدل أنه أصبح يحوز الشىء كعدل نيابة عن الدائن المرتهن[1] .

والاتفاق على بقاء الشىء فى يد العدل يخلى الدائن من التزاماته بالمحافظة على الشىء وإدارته واستثماره ، ويسهل للراهن رهن الشىء لأكثر من دائن . وليس للعدل أن يعطى الرهن للراهن أو للدائن المرتهن إلا برضا الاثنين معاً ، وإذا أعطاه لأحدهما دون رضاء الآخر كان له استرداده[2].

٥٣٨ — **عودة الشىء المرهون إلى راهنه** : ويترتب على عودة الشىء المرهون إلى الراهن انقضاء الرهن فى الأصل ، إذ يستخلص من إرجاع المرهون إلى الراهن أن الدائن المرتهن نزل عن الرهن .

وهذه القرينة يدحضها الدائن المرتهن بإثبات أنه لم يقصد بإرجاع المرهون إلى الراهن انقضاء الرهن ، بل إنه سلم الشىء المرهون إلى الراهن على سبيل الإيجار أو الوديعة أو العارية . فيبقى الرهن قائماً فى مواجهة الراهن ، ولكنه لا يكون سارياً فى مواجهة الغير . ولكن للمرتهن أن يلزم الراهن بإعادة الشىء إليه ، وإذا تسلم المرتهن المرهون من جديد عاد الرهن سارياً فى مواجهة الغير .

وإذا أخذ الراهن الشىء المرهون من الدائن المرتهن بدون رضاه ، خلسة أو غصباً ، فلا ينقطع سريان الرهن على الغير[3] ؛ وكان للدائن المرتهن أن يتمسك بحق الرهن ، حتى فى مواجهة من يحوزه بحسن نية بشرط أن يطلب استرداده منه خلال فترة الثلاث السنوات التالية لسرقة الرهن .

---

(١) بودرى ودى لوان فقرة ٨٥ – پلانيول وريپير وبيكيه فقرة ٨٥ – نقض فرنسى ٣ أغسطس سنة ١٨٩٦ داللوز ٩٧ – ١ – ٢٠٩ .

(٢) محمد كامل مرسى فقرة ٢٩٨ ص ٣٨٦ – ص ٣٩٦ .

(٣) استئناف مختلط ١٨ أبريل سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٢٥٩ .

٤٤٩ — إيجار العقار المرهون حيازة للراهن : وإذا كان الشيء المرهون منقولا ، فخروج العين من يد الدائن المرتهن إلى الراهن بإيجار لا يبطل الرهن ، ولكنه يجعله غير نافذ في حق الغير .

وإذا كان المرهون عقاراً وأجره الدائن المرتهن للراهن ، وشهر هذا الإيجار بالقيد ، بقي الرهن نافذاً في مواجهة الغير (م ١١١٥ مدني في رهن العقار) . ويحصل شهر الإيجار بذكره في قائمة قيد الرهن ، إذا ما اتفق على الإيجار عند الرهن ، أما إذا اتفق على الإيجار بعد الرهن ، كان شهر الإيجار عن طريق التأشير به في هامش قيد الرهن[1] .

٤٥٠ — رجوع المرهون إلى حيازة الراهن بسبب لا يقصد به انقضاء هذا الرهن — نص قانوني : تنص المادة ١١٠٠ مدني على ما يأتي :

« إذا رجع المرهون إلى حيازة الراهن انقضى الرهن ، إلا إذا أثبت الدائن المرتهن أن الرجوع كان بسبب لا يقصد به انقضاء الرهن . كل هذا دون إخلال بحقوق الغير »[2] .

---

(١) انظر في ذلك عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٤٤٩ – محمد كامل مرسي فقرة ٣٠٢ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٥٣٦ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : « إذا عاد الشيء المرهون إلى الراهن ، لأي سبب كان ، جاز للدائن أن يسترده ما دام عقد الرهن قائما ، دون إخلال بما قد يكون للغير أو للراهن من حقوق » . ووافقت لجنة المراجعة على النص ، تحت رقم ١٢٠٤ في المشروع النهائي . وفي مجلس النواب عدل النص على الوجه الآتي : « إذا عاد الشيء المرهون إلى الراهن ، لأي سبب كان ، جاز للدائن أن يسترده مادام عقد الرهن قائماً ، دون إخلال بما قد يكون للغير من حقوق » ، وأصبح رقم المادة ١١٨٩ . وفي لجنة مجلس الشيوخ اعترض أحد أعضاء اللجنة على حكم هذه المادة ، لأن مظهر الرهن الحيازي هو انتقال العين حق حيازة المدين إلى حيازة الدائن ، وحكم المادة يهدم هذا المظهر ويهدم فكرة الرهن الحيازي وضماناته . فأجابت الحكومة بأن هناك حداً أدنى يجب التسليم به ، وهو عدم بطلان الرهن إذا عاد المرهون إلى حيازة المدين عن طريق الإجارة . فرد العضو المعترض قائلا إنه يسلم بذلك ، وأضاف أن المادة أطلقت الحكم وقررت عدم بطلان الرهن إذا =

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ، فى خصوص هذا النص ، ما يأتى :

« إذا عاد الشيء المرهون إلى الراهن لأى سبب كان ، كأن يختلسه الراهن أو يغتصبه أو يستأجره ، فإن للدائن أن يسترده ما دام عقد الرهن قائماً ، مع احترام ما يكون للراهن أو للغير من حقوق . فلا يسترد الدائن العين المرهونة إلا بعد نهاية عقد الإيجار المعقود مع الراهن ، ويستردها مثقلة بما ترتب عليها من حقوق للغير كحق امتياز المؤجر حسن النية أو رهن حيازة آخر لمرتهن حسن النية . أما إذا كان الدائن المرتهن قد تنازل

= عاد المرهون إلى حيازة المدين لأى سبب . وانضم رئيس اللجنة إلى العضو المعترض ، وأضاف أن عودة الحيازة إلى المدين تعتبر قرينة على الوفاء . وتناقش الأعضاء طويلا فى هذا الخصوص ، وأكد عضو آخر فى اللجنة أنه حتى فى ظل القانون القائم لا يبطل الرهن الحيازى بين المتعاقدين وإن كانت عودة المرهون إلى حيازة الراهن تعتبر قرينة على أن الحيازة عادت إليه كمالك ، إلا أنه إذا أقيم الدليل على ما يخالف ذلك ، كأن يثبت أن المرهون عاد إلى حيازة المدين بسبب وديعة أو إجارة أو عارية ففى هذه الحالة لا يبطل الرهن فيما بين المتعاقدين وإذا ترتب حق الغير يكون نافذا . وقد رؤى حسما للخلاف حذف هذه المادة ، ثم اتفق على الرجوع عن حذف المادة وتعديلها على الوجه الذى استقرت عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وأصبح رقم المادة ١١٠٠ .
ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٠١ – ص ٢٠٥) .

التقنين المدنى السابق م ٥٤١ / ٦٦٣ : يبطل الرهن إذا رجع المرهون إلى حيازة راهنه .

التقنينات المدنية العربية الأخرى : .

التقنين المدنى السورى م ١٠٣٣ : يفقد الدائن امتيازه إذا خرج الشيء من يده أو من يد الشخص الآخر الذى اختاره الفريقان .

التقنين المدنى الليبى م ١١٠٤ : إذا رجع المرهون إلى حيازة الراهن انقضى الرهن ، إلا إذا أثبت الدائن المرتهن أن الرجوع كان بسبب لا يقصد به انقضاء الرهن ، كل هذا دون إخلال بحقوق الغير .

التقنين المدنى العراقى : انظر م ١٣٢١ .

قانون الملكية العقارية اللبنانى : لا شيء .

طوعاً عن الحيازة ، وفهم من ذلك أنه تنازل عن الرهن ذاته ، فإنه لا يستطيع استرداد العين إذ الرهن أصبح غير قائم »[١].

ويخلص من النص سالف الذكر أن الشيء المرهون ، لا يجب فحسب أن ينتقل حيازته إلى الدائن المرتهن ، بل يجب أيضاً أن يبقى فى هذه الحيازة طول مدة الرهن .

فإذا خرج الشيء المرهون من حيازة الدائن المرتهن ، وعاد إلى الراهن ، قام ذلك قرينة على أن الرهن قد انقضى ولذلك عاد المرهون إلى حيازة الراهن . فعودة الشيء المرهون إلى الراهن يقضى الرهن فى الأصل ، لقيام هذه القرينة .

على أنه يمكن للدائن المرتهن أن يدحض هذه القرينة ، ويلاحظ أن الدائن المرتهن هو الذى عليه أن يدحض القرينة . أما إذا لم يدحضها ، وسكت الراهن ولم يفعل شيئاً ، حكم لمصلحته بانقضاء الرهن .

ويستطيع الدائن المرتهن أن يدحض القرينة ، بأن يثبت مثلا أن الراهن قد اختلس الشيء المرهون أو اغتصبه ، عند ذلك يجب على الراهن أن يرد الشيء المرهون إلى الدائن المرتهن .

ويستطيع الدائن المرتهن أن يدحض القرينة أيضاً ، بأن يثبت أنه سلم الشيء المرهون للراهن على سبيل الإيجار أو العارية أو الوديعة ، وعند ذلك لا ينقضى الرهن ، ولكن الشيء يبقى فى حيازة الراهن حتى ينقضى الإيجار أو العارية أو الوديعة .

وبوجه عام ، يستطيع الدائن المرتهن أن يدحض القرينة ، إذا هو أثبت أن رجوع الشيء إلى حيازة الراهن كان بسبب لا يقصد به انقضاء الرهن ، فعند ذلك يبقى الرهن صحيحاً قائماً بين المتعاقدين .

ويجب احترام حقوق الغير ، فقد يتصرف الراهن فى الشيء عند رجوع

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٠٢ .

حيازته إليه ، بأن يرهنه مثلا مرة ثانية لدائن مرتهن حسن النية ، أو يؤجره لمستأجر حسن النية ، فيجب عدم الإخلال « بحقوق الغير » ومراعاة حق المرتهن الثانى وحق المستأجر .

وتقول لجنة مجلس الشيوخ فى تقريرها فى هذا الصدد : « وقد آرت اللجنة أن تقرر أن الأصل هو انقضاء الرهن متى رجع الشىء المرهون إلى حيازة الراهن على غرار ما هو مقرر فى القانون الحالى (السابق) استناداً إلى قرينة تنازل الدائن أو استيفائه لحقه وهى قرينة تستخلص من خروج الحيازة من يده ، ولكنها لم تجر هذا الأصل على إطلاقه ، بل جعلت للدائن أن ينفى هذه القرينة إذا أقام الدليل على أن الحيازة خرجت من يده بسبب لا يقصد به انقضاء الرهن . وبديهى أن الحكم قاصر على صلة الراهن بالمرتهن ، فهو بهذا التحديد لا يؤثر فى حقوق الغير »[١] .

٥٤١ — تخلى المرتهن عن الحيازة لغير الراهن : وقد يتخلى الدائن المرتهن عن حيازة الشىء المرهون إلى غير الراهن ، فيجوز ذلك ، ولا يبطل الرهن ويبقى صحيحاً .

فيجوز للدائن المرتهن أن يؤجر العين المرهونة لمستأجر غير الراهن سواء كان الشىء عقاراً أو منقولا[٢] .

ويجوز أيضاً للدائن المرتهن أن يودع الشىء المرهون أو أن يعيره لشخص غير الراهن ، فيضع المودع عنده أو المستعير يده على الشىء المرهون نيابة عن الدائن المرتهن ، ويبقى الرهن قائماً صحيحاً[٣] .

٥٤٢ — سريان أحكام الالتزام بتسليم الشىء المبيع : وتقول الفقرة الثانية من المادة ١٠٩٩ مدنى ، فيما رأينا[٤] ، ما يأتى : « ويسرى على الالتزام

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٠٤ — ص ٢٠٥ .

(٢) استئناف مختلط ٢١ أبريل سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٢٠٧ .

(٣) محمد كامل مرسى فقرة ٣٠٣ .

(٤) انظر فقرة ٥٣٢ .

بتسليم الشيء المرهون أحكام الالتزام بتسليم الشيء المبيع » . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي : « وتتبع في تسليم العين المرهونة الأحكام التي تنطبق على تسليم العين المبيعة ، من حيث كيفية التسليم ومكانه وزمانه وما إلى ذلك »[1] .

وقد سبق أن تكلمنا في كل ذلك عند الكلام في البيع ، فلا حاجة إلى التكرار . وإنما يكفينا أن نذكر بالمسائل الأساسية ، في زمان التسليم ، وفي مكان التسليم ، وفي كيفية التسليم ، ثم ننتهي بكلمة موجزة فيما يترتب على عدم التسليم .

٥٤٣ — زمان التسليم : يجب أن يسلم الراهن الشيء المرهون حيازة إلى الدائن المرتهن (أو إلى عدل) بعد إبرام عقد الحيازة ، لأن التسليم التزام ينشأ من ذلك العقد . ويكون التسليم عادة فور إبرام العقد ، ولكن لا شيء يمنع من أن يكون التسليم بعد ذلك بمدة قد تطول ما دام عقد الرهن قائماً . والمهم أن يتم التسليم قبل أن يتخلى الراهن عن إدارة أمواله ، بناء على حكم مثلا يقرر إفلاس الراهن[2] .

ويمكن أن يتم التسليم بعد عقد الرهن بزمن ، ويحتج به على الغير ، إلا إذا حصل الغير قبل التسليم على حقوق متعارضة مع الرهن على الشيء المرهون .

٥٤٤ — مكان التسليم : ويتم التسليم في المكان الذي يوجد فيه الشيء المرهون وقت تمام عقد الرهن ، ما لم يتفق على غير ذلك[3] .

---

(١) آنفاً فقرة ٥٣٣ .

(٢) لوران فقرة ٤٨٠ وفقرة ٤٨٢ – جيوار فقرة ١٠٥ – بودري ودي لوان فقرة ٨٢ – دي هلتس فقرة ٣٥ – محمد كامل مرسي فقرة ٢٩٩ – استئناف وطني أول يناير سنة ١٩٠٧ الحقوق ٢٢ ص ١ .

(٣) محمد كامل مرسي فقرة ٣٠٠ .

٥٤٥ – كيفية التسليم : يكون التسليم بوضع الشيء المرهون تحت تصرف الدائن المرتهن (أو العدل) بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ، ما دام الدائن المرتهن يعلم بذلك .

ويتم التسليم على النحو الذى يتفق مع طبيعة الشيء المرهون . فى الأشياء المادية ، يكون التسليم إما حقيقياً ، أو رمزياً كوضع علامة الدائن المرتهن على الأمكنة التى توجد فيها الأشياء المرهونة على أن يكون تخلى الراهن عن هذه الأشياء ظاهراً ظهوراً كافياً[1] .

وقد يكون نقل الحيازة بمجرد رغبة المتعاقدين . إذا كان الشيء المرهون قبل الرهن فى حيازة الدائن المرتهن بصفة أخرى كمودع عنده أو مستعير[2] . وإذا كان الشيء المرهون مودعاً فى مخزن ، فإن تسليم السند الذى يمكن بموجبه تسلم الشيء من المخزن يعتبر تسليماً صحيحاً[3] .

وإذا كان محل الرهن شيئاً غير مادى ، اختلفت الحيازة باختلاف الحق المسلم . فالديون يعتبر تسلمها بتسليم سنداتها[4] ، فإذا لم يكن الدين ثابتاً فى سند مكتوب لم يمكن رهنه[5] . وحيازة السندات لحاملها تنتقل بتسليم السند ، وإذا كانت مودعة فى مصرف انتقلت بتسليم الإيصال . وشهادة الاختراع تنتقل بتسليم الشهادة ، وحق الإيجار بتسليم سند الإيجار[6].

---

(١) جيوار فقرة ٩٦ – بودرى ودى لوان فقرة ١٩ – محمد كامل مرسى فقرة ٣٠٥ ص ٢٩٧ – استئناف مختلط ١٧ مارس سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٠٥ – ٤ فبراير سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٢١٠ .

(٢) بودرى ودى لوان فقرة ٦٩ – محمد كامل مرسى فقرة ٣٠٥ ص ٢٩٧ .

(٣) ترولون فقرة ٢٩٩ – فقرة ٣٠٥ – جيوار فقرة ٩٦ – محمد كامل مرسى فقرة ٣٠٥ ص ٢٩٧ .

(٤) جيوار فقرة ٩٠ – بودرى ودى لوان فقرة ٧٤ – أوبرى ورو ٢ فقرة ٤٣٢ هامش ٢٠ .

(٥) لوان فقرة ٤٧٧ – جيوار فقرة ٩١ – بودرى ودى لوان فقرة ٧٥ .

(٦) محمد كامل مرسى فقرة ٣٠٥ ص ٢٩٨ – ص ٢٩٩ .

٥٤٦ — ما يترتب على عدم التسليم : فى التقنين السابق ، كان رهن الحيازة لا ينعقد دون تسليم ، لأن رهن الحيازة كان عقداً عينياً لا يتم دون أن تسلم العين المرهونة . وقبل التسليم ، كان اعتبار العقد وعداً برهن ، يمكن بموجبه إجبار الواعد على التسليم ، فينعقد الرهن الحيازى[1] . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا امتنع الراهن ، فى عقد الرهن الحيازى ، عن تسليم الشىء المرهون ، أمكن المرتهن أن يجبره على ذلك قضاء ، ويبطل الرهن إذا بقى المرهون باختيار المرتهن فى حيازة الراهن ، أو رجع إليه باختياره أيضاً . فإذا رفضت المحكمة طلب حبس العين على أساس ما استبانته من وقائع الدعوى من عدم وضع يد المرتهن على العين المطلوب حبسها وتركها باختياره تحت يد الراهن فقضاؤها بذلك سليم ، ولا رقابة عليها لمحكمة النقض فيما تثبته فى شأن مسألة وضع اليد . أما إذا ثبت أن عدم وضع يد المرتهن على العين المطلوب حبسها قد كان غصباً فلا يبطل الرهن ، بل يبقى صحيحاً ، ويكون للمرتهن حق المطالبة بالحبس[2] .

أما فى التقنين المدنى الجديد ، فالتسليم أصبح التزاماً لا ركناً ، وقبل التسليم يتم رهن الحيازة . ويستطيع الدائن ، عند حلول الدين ، أن ينفذ على العين المرهونة قبل تسلمها باعتباره دائناً مرتهناً ، ولكن لا يكون له أن يتقدم أو يتتبع لأن الرهن لا ينفذ فى حق الغير قبل التسليم[3] .

---

(١) استئناف مختلط ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٠٠ م ١٣ ص ٢٧ — ١٣ مارس سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ١٩٨ — ١٣ أبريل سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٢٠٧ — ٢٢ أبريل سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٤٣٠ .

(٢) نقض مدنى ٣١ مايو سنة ١٩٣٤ مجموعة عمر ١ رقم ١٨٨ ص ٤١٤ .

(٣) محمد كامل مرسى فقرة ٣٠٦ ص ٤٠١ .

المطلب الثالث

ضمان الراهن لسلامة الرهن ونفاذه

٥٤٧ – *نص قانوني* : تنص المادة ١١٠١ مدنى على ما يأتى :

« يضمن الراهن سلامة الرهن ونفاذه ، وليس له أن يأتى عملا ينقص من قيمة الشيء المرهون أو يحول دون استعمال الدائن لحقوقه المستمدة من العقد . وللدائن المرتهن ، فى حالة الاستعجال ، أن يتخذ على نفقته الراهن كل الوسائل التى تلزم للمحافظة على الشيء المرهون »[1] .

وجاء فى مذكرة المشروع التمهيدى ، فى خصوص هذا النص ، ما يأتى :

« يلتزم الراهن أيضاً بضمان الرهن . فليس له أن يأتى عملا ينقص من

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٠٣٧ من المشروع التمهيدى . وأدخلت لجنة المراجعة على النص تعديلات لفظية بسيطة ، فأصبح النص ، تحت رقم ١٢٠٥ فى المشروع النهائى ، مطابقا لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١٩٠ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١١٠١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٠٥ – ص ٢٠٦) .

التقنين المدنى السابق : لا مقابل .

التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين السورى : لا شيء .

التقنين الليبى م ١١٠٥ : يضمن الراهن سلامة الرهن ونفاذه ، وليس له أن يأتى عملا ينقص من قيمة الشيء المرهون أو يحول دون استعمال الدائن لحقوقه المستمدة من العقد ، وللدائن المرتهن فى حالة الاستعجال أن يتخذ على نفقة الراهن كل الوسائل التى تلزم للمحافظة على الشيء المرهون .

التقنين العراقى م ١٣٣٥ : يضمن الراهن فى الراهن الحيازى سلامة الرهن ، وليس له أن يأتى عملا ينقص من قيمة المرهون ، أو يحول دون استعمال المرتهن لحقوقه .

تقنين الملكية العقارية اللبنانى : لا شيء .

قيمة الشيء المرهون ، أو يحول دون استعمال الدائن لحقوقه المستمدة من عقد الرهن . كأن يخرب العين قبل تبليمها ، أو يعطى عليها للغير حقاً عينياً يكون نافذاً فى حق الدائن المرتهن . وللدائن أن يتخذ على نفقة الراهن كل الوسائل التى تلزم للمحافظة على الشيء المرهون ، كما لو كان المرهون مضموناً برهن ، فيقيده الدائن المرتهن أو يجدد قيده ، ويرجع بالمصاريف على الراهن وهذا يرجع بها على من رهن له »[1] .

ويلاحظ أن ضمان الراهن لسلامة الرهن ونفاذه هو شبيه بضمان البائع للتعرض ، تعرضه الشخصى وتعرض الغير . فنتكلم هنا فى ضمان الراهن لتعرضه الشخصى ، وضمان لتعرض الغير .

٥٤٨ — **ضمان الراهن لتعرضه الشخصى :** فلا يجوز أن يقوم الراهن لمصلحة شخص آخر بترتيب أى حق على الشيء المرهون يشهر قبل قيد الراهن ، أو أن يقوم بأى عمل يترتب عليه تخريب الشيء المرهون أو إنقاصه إنقاصاً كبيراً .

وإذا نزع الراهن شيئاً من المال المرهون أو من ملحقاته ، كأن يبيع الأنقاض بعد هدم جزء من المبانى فتقع فى يد مشتر حسن النية فيملكها خالصة من الرهن ، كأن للدائن المرتهن الرجوع على الراهن بالضمان .

وإذا لم يتسلم المشترى الأنقاض أو تسلمها وهو سيئ النية ، فإنها تبقى مثقلة بحق الرهن .

وللدائن المرتهن ، فى حالة الاستعجال ، أن يتخذ على نفقة الراهن كل الوسائل التى تلزم للمحافظة على الشيء المرهون . وقد أتت مذكرة المشروع التمهيدى بمثل على ذلك ، أن يكون المرهون ديناً مضموناً برهن ، والرهن يجب قيده أو يجب تجديد قيده ، فيقوم الدائن المرتهن ارتهان حيازة بهذا القيد أو بهذا التجديد . عند ذلك يرجع الدائن المرتهن على الراهن حيازة

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٠٦ .

بما صرفه فى القيد أو فى التجديد ، ثم يرجع الراهن حيازة بما دفعه فى ذلك على الراهن للرهن الضامن للدين .

٥٤٩ — ضمان الراهن لتعرض الغير : وفيما يتعلق بتعرض الغير ، يكون الراهن ملتزماً بدفع كل ادعاء للغير بحق على العين المرهونة من شأنه أن يمس بحق الدائن المرتهن . فإذا ادعى الغير أنه دائن مرتهن قيد حق رهنه أولا ، أو ادعى أن له حق ارتفاق على العقار المرهون حيازة وكان الدائن المرتهن قد رتب حق رهنه على أن حق الارتفاق هذا لا يوجد ، فعلى الراهن أن يدفع هذا الادعاء من الغير .

فإن لم يستطع ، كان للدائن المرتهن حيازة أن يطالب بتقديم تأمين كاف ، أو بتكملة التأمين المقدم ، أو بسقوط أجل الدين ودفعه فوراً .

ونرى من ذلك أن ضمان الراهن لتعرض الغير (ولتعرضه الشخصى) هو فى الواقع من الأمر الجزاء الكافى على التزام الراهن بضمان سلامة الرهن ونفاذه ، فالراهن ملزم بأن يكون الرهن مستجيباً للأغراض التى عقده من أجلها ، فإن اختل غرض ، سواء بخطأ الراهن أو بغير خطأه ، وجب على الراهن الضمان .

المطلب الرابع

ضمان الراهن هلاك الشىء المرهون أو تلفه

٥٥٠ — نص قانونى تنص المادة ١١٠٢ مدنى على ما يأتى :

« ١ — يضمن الراهن هلاك الشىء المرهون أو تلفه ، إذا كان الهلاك أو التلف راجعاً لخطأه أو ناشئاً عن قوة قاهرة » .

« ٢ — وتسرى على الرهن الحيازى أحكام المادتين ١٠٤٨ و ١٠٤٩ المتعلقة بهلاك الشىء المرهون رهناً رسمياً أو تلفه ، وبانتقال حق الدائن من

الشيء المرهون إلى ما حل محله من حقوق»[1].

وجاء فى مذكرة المشروع التمهيدى ، فى خصوص هذا النص ، ما يأتى :

«يضمن الراهن أيضاً هلاك المرهون أو تلفه إذا كان هذا راجعاً إلى خطأه أو إلى قوة قاهرة ، ويكون للدائن المرتهن فى الحالة الأولى الخيار بين انقضاء الدين فوراً أو المطالبة بتأمين آخر ، وفى الحالة الأخرى يكون الخيار للمدين ، وهذه هى نفس قواعد الرهن الرسمى . وتتبع أيضاً هذه القواعد فى انتقال الرهن من الشيء المرهون إلى ما يحل محله من حقوق ، كتعويض

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٥٢٨ من المشروع التمهيدى ، وفى لجنة المراجعة أجريت بعض تعديلات لفظية بسيطة ، فصار النص ، تحت رقم ١٢٠٦ فى المشروع النهائى ، مطابقا لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١٩١ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١١٠٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٠٧ – ص ٢٠٩) .

التقنين المدنى السابق : لا مقابل .

التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ١٠٣٥ : ١ – الدائن مسئول مبدئيا عما يصيب الشيء المرهون من هلاك أو تعيب ٢ – والرهن ملزم بما أنفقه الدائن لصوانة هذا الشيء .

التقنين المدنى الليبى م ١١٠٦ : ١ – يضمن الراهن هلاك الشيء المرهون أو تلفه إذا كان الهلاك أو التلف راجعاً لخطأه أو ناشئاً من قوة قاهرة . ٢ – وتسرى على الرهن الحيازى أحكام المادتين ١٠٥٢ و ١٠٥٣ المتعلقة بهلاك الشيء المرهون رهناً اتفاقياً أو تلفه ، وبانتقال حق الدائن من الشيء المرهون إلى ما حل محله من حقوق .

التقنين المدنى العراقى م ١٣٣٦ : ١ – إذا هلك الشيء المرهون رهنا حيازيا أو تعيب قضاء وقدرا ، كان هلاكه أو تعيبه على الراهن . ويتبع فى تخيير المدين أو الدائن إذا هلك المرهون قضاء وقدرا أو بخطأ أحكام الرهن التأمينى الواردة فى المادة ١٢٩٧ . ٢ – وإذا هلك المرهون انتقل حق المرتهن إلى المال الذى قد يحل محله ، وفقا لأحكام الرهن التأمينى الواردة فى المادة ١٢٩٨ .

تقنين الملكية العقارية اللبنانى : لا شيء .

أو مبلغ تأمين . أما إذا كان الهلاك بخطأ الدائن المرتهن نفسه ، فإنه يكون مسئولا عن التعويض ، وينتقل حق الرهن إلى هذا التعويض »[1].

والمادة ١١٠٢ مدنى تجعل المادتين ١٠٤٨ و ١٠٤٩ تنطبقان على رهن الحيازة ، وهذا هو نص المادتين :

م ١٠٤٨ : « ١ – إذا تسبب الراهن بخطأه فى هلاك العقار المرهون أو تلفه ، كان الدائن المرتهن مخيراً بين أن يقتضى تأميناً كافياً أو أن يستوفى حقه فوراً . ٢ – فإذا كان الهلاك أو التلف قد نشأ عن سبب أجنبي ولم يقبل الدائن بقاء الدين بلا تأمين ، كان المدين مخيراً بين أن يقدم تأميناً كافياً أو أن يوفى الدين فوراً قبل حلول الأجل . وفى الحالة الأخيرة إذا لم يكن للدين فوائد ، فلا يكون للدائن حق إلا فى استيفاء مبلغ يعادل قيمة الدين منقوصاً منها الفوائد بالسعر القانونى عن المدة ما بين تاريخ الوفاء وتاريخ حلول الدين . ٣ – وفى جميع الأحوال إذا وقعت أعمال من شأنها أن تعرض العقار المرهون للهلاك أو التلف أو تجعله غير كاف للضمان ، كان للدائن أن يطلب إلى القاضى وقف هذه الأعمال واتخاذ الوسائل التى تمنع وقوع الضرر » .

م ١٠٤٩ : « إذا هلك العقار المرهون أو تلف لأى سبب كان ، انتقل الرهن بمرتبته إلى الحق الذى يترتب على ذلك ، كالتعويض أو مبلغ التأمين أو الثمن الذى يقرر مقابل نزع ملكيته للمنفعة العامة » .

وعلى ذلك نتكلم فى إيجاز فى المسائل الآتية : (١) هلاك الشىء أو تلفه بخطأ الراهن . (٢) هلاك الشىء أو تلفه بخطأ الدائن المرتهن . (٣) هلاك الشىء أو تلفه بسبب أجنبي . (٤) تعرض الشىء للهلاك أو التلف . (٥) انتقال الرهن إلى الحق الذى حل محل الشىء .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٠٨ .

٥٥١ — هلاك الشيء أو تلفه بخطأ الراهن : فإذا كان الهلاك أو التلف بخطأ الراهن ، كان للدائن المرتهن الخيار ، بين أن يقتضى تأميناً كافياً بدلا من التأمين الهالك أو التالف ، أو أن يسقط أجل الدين فيصبح الدين حالا فيتقاضاه فوراً . وهذه الرعاية لجانب الدائن المرتهن سببها أن الهلاك أو التلف قد وقع بخطأ الراهن فوجب أن يكون الخيار للدائن المرتهن .

٥٥٢ — هلاك الشيء أو تلفه بخطأ الدائن المرتهن : وإذا كان الهلاك أو التلف بخطأ الدائن المرتهن ، وهذا قد يحدث لأن الدائن المرتهن يكون الشيء عادة فى حيازته فى رهن الحيازة ، فلا يجوز أن يطلب الدائن المرتهن شيئاً لأن الهلاك أو التلف بخطأه هو . بل يجب عليه أن يدفع تعويضاً عما أتلفه بخطأه ، طبقاً لقواعد المسئولية التقصيرية . ويحل هذا التعويض محل ما هلك من الشيء أو تلف . ويصبح مرهوناً مثله فى دين الدائن المرتهن ، وهذا مثل من أمثلة الحلول العينى .

٥٥٣ — هلاك الشيء أو تلفه بسبب أجنبي : وإن كان الهلاك أو التلف بسبب أجنبي لا يد للراهن ولا للدائن المرتهن فيه ، كان الراهن بالخيار بين إسقاط أجل الدين ودفع الدين فوراً للدائن المرتهن ، أو تقديم تأمين كاف بدلا من التأمين الهالك أو التالف .

فاذا اختار الراهن الأمر الأول ، وكان الدين بفوائد اتفاقية ، لم يدفع الراهن من هذه الفوائد إلا ما سرى منها وقت إسقاط أجل الدين . أما إذا كان الدين بغير فوائد ، فإن الراهن يستنزل من الدين قبل دفعه فوائد بالسعر القانونى (٤٪ فى المسائل المدنية و ٥٪ فى المسائل التجارية ، عن المدة ما بين وفاء الدين وحلول أجل الدين فى ميعاده الأصلى . وإذا كان الراهن غير المدين ، جاز للراهن أن يدفع هو الدين على هذا النحو أى مع

انتقاص الفوائد ، ورجع بالدين كاملا عند حلول أجله الأصلى على المدين .

وهذه الرعاية لجانب الراهن سببها أن الهلاك أو التلف لم يكن بخطأه بل كان بسبب أجنبي ، فوجب أن يكون الخيار له .

٥٥٤ — تعرض الشيء للهلاك أو التلف : وإذا وقعت أعمال من شأنها أن تعرض الشيء المرهون للهلاك أو التلف ، أو تجعله غير كاف للتأمين ، ولم يكن للراهن يد فى هذه الأعمال ، كما إذا أزمع الجار أن يقيم بناء لو تم كان فيه اعتداء على العقار المرهون أو على حقوق ارتفاق لهذا العقار ، جاز للدائن المرتهن أن يتخذ من الوسائل ما يمنع ذلك .

فيجوز له ، دون وساطة الراهن ، أن يطلب من القاضى أن يحكم وقف هذه الأعمال ، فيمنع الجار من أن يقيم البناء فى وضع يكون فيه اعتداء على العقار المرهون .

وللدائن المرتهن أن يتخذ من الوسائل التى تمنع وقوع الضرر ما يكفى لذلك ، ولو بوضع العقار المرهون تحت الحراسة . وتقول الفقرة الثالثة من المادة ١٠٤٨ سالفة الذكر[١] فى هذا الصدد : « وفى جميع الأحوال إذا وقعت أعمال من شأنها أن تعرض العقار المرهون للهلاك أو التلف أو تجعله غير كاف للضمان كان للدائن أن يطلب إلى القاضى وقف هذه الأعمال واتخاذ الوسائل التى تمنع وقوع الضرر » .

٥٥٥ — انتقال الراهن إلى الحق الذى حل محل الشيء : وإذا هلك المرهون أو تلف لأى سبب كان ، سواء كان ذلك بخطأ الراهن أو بغير خطأه ، ولكن ترتب على الهلاك أو التلف أن استحق حق آخر ، فإن هذا الحق الآخر ينتقل الرهن إليه ، تطبيقاً لنظرية الحلول العينى .

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٥٥٠ .

ويورد نص المادة ١٠٤٩ مدنى[١] أمثلة ثلاثة : حق التعويض فى ذمة الغير ، ومبلغ التأمين ، والثمن الذى تقرر مقابل نزع الملكية للمنفعة العامة . وهناك أمثلة أخرى . فقد يكون هلاك الشيء المرهون نتيجة لغارة جوية أو زلزال ، وتقدم الدولة تعويضاً للمنكوبين فيحل التعويض محل الشيء . وقد يهدم الراهن المبنى المرهون ويبيعه أنقاضاً للمشترى ، فيحل الثمن فى ذمة المشترى محل المبنى جزئياً .

فما دام الحق قد استحق فى مقابل هلاك الشيء المرهون أو تلفه ، فإنه حل محل الشيء حلولا عينياً . وينتقل حق الدائن المرتهن ، بحكم هذا الحلول العينى ، من الشيء الهالك أو التالف إلى الحق الذى حل محله »[٢].

وعلى ذلك إذا تسبب الراهن بخطأه فى هلاك الشيء المرهون أو تلفه ، كان الدائن المرتهن مخيراً بين أن يقتضى تأميناً كافياً أو أن يستوفى حقه فوراً . وإذا كان الشيء المرهون مؤمناً عليه فدفعت شركة التأمين كل قيمته ، حلت هذه القيمة محل الشيء المرهون ، وكان الدائن مخيراً بين استبقائها مرهونة فى حقه أو استيفاء حقه فوراً بعد إسقاط الأجل . وقد يكون هلاك الشيء المرهون أو تلفه بفعل الغير ، وهذا سبب أجنبى ، فيدفع الغير تعويضاً يحل محل الشيء المرهون ، ويستطيع المدين الراهن أن يقدم هذا التعويض تأميناً كافياً للدائن المرتهن بدلا من وفاء الدين قبل حلول الأجل .

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٥٥٥ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن إذا كانت البضاعة المرهونة والمؤمن عليها قد احترقت وتقرر حق الدائن المرتهن فى مبلغ التأمين المستحق ، وكان مقتضى ذلك حلول مبلغ التأمين محل البضاعة المرهونة ، فإنه ليس هناك محل لرجوع المدين الراهن على الدائن المرتهن ، وحسبه أن تجرى المحاسبة بينهما على أساس عقد القرض المضمون بالرهن (نقض مدنى ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ رقم ٢١١ ص ١٣٤٧) .

المبحث الثانى

التزامات الدائن المرتهن حيازة

٥٥٦ — التزامات أربعة : ويلتزم الدائن المرتهن حيازة بالتزامات أربعـــة :

(١) المحافظة على الشيء المرهون . (٢) واستثماره . (٣) وإدارته . (٤) ورده إلى الراهن بعد استيفاء كامل حقه .

ويسرى على رهن الحيازة ما يسرى على الرهن الرسمى : (١) إذا كان الراهن غير المدين ، فلا يجوز التنفيذ على ماله إلا ما رهن من هذا المال (م ١٠٥٠ مدنى) . (٢) أحكام المادة ١٠٥٢ مدنى المتعلقة بشرط التملك عند عدم الوفاء وشروط البيع دون إجراءات .

المطلب الأول

المحافظة على الشيء المرهون

٥٥٧ — نص قانونى : نصت المادة ١١٠٣ مدنى على ما يأتى :

« إذا تسلم الدائن المرتهن الشيء المرهون ، فعليه أن يبذل فى حفظه وصيانته من العناية ما يبذله الشخص المعتاد ، وهو مسئول عن هلاك الشيء أو تلفه ما لم يثبت أن ذلك يرجع إلى سبب أجنبي لا يد له فيه »[١] .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٥٣٩ من المشروع التمهيدى ، على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . وأقرته لجنة المراجعة ، تحت رقم ١٢٠٧ فى المشروع النهائى . وأقره مجلس النواب تحت رقم ١١٩٢ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١١٠٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢١٠ – ص ٢١٢) .

وقد جاء فى مذكرة المشروع التمهيدى ، فى خصوص هذا النص ، ما يأتى :

« ٢ – فالدائن المرتهن ، إذا تسلم الشيء ، يكون مسئولا عن حفظه وصيانته ، ويلتزم أن يبذل فى المحافظة عليه عناية الرجل المعتاد . وهذه المسئولية تعاقدية ، فهو مسئول عن هلاك الشيء إلا إذا أثبت أن الهلاك يرجع إلى سبب أجنبي لا يد له فيه . ومما يدخل فى العناية المطلوبة من الدائن المرتهن أن يبادر ، وهو الحائز للشيء المرهون ، إلى إخطار الراهن بما عسى أن يهدد الشيء من هلاك أو تلف أو نقص فى القيمة . ويجوز للراهن فى هذه الحالة أن يسترد الشيء المعرض للتلف ، على أن يقدم للدائن تأميناً آخر يكون كافياً »[1] .

ويلاحظ أن هذا الالتزام فى ذمة الدائن المرتهن (المحافظة على الشيء

= التقنين المدنى السابق م ٥٤٤ / ٦٦٦ : الشيء المرهون هو تحت حفظ الحائز له ، فإذا تلف بسبب قهرى فتلفه على مالكه .

التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ١٠٦٦ : ١ – على الدائن أن يعتنى بصيانة العقار المرهون وبإجراء التصليحات المفيدة والضرورية له ، على أن يتناول من الثمار جميع مصاريف الصيانة والتصليحات ، أو أن يستوفيها بالأفضلية من ثمن العقار . ٢ – وله دائماً أن يرفع هذه الالتزامات من عاتقه بتخليه عن حق الرهن .

التقنين المدنى الليبى م ١١٠٧ : إذا تسلم الدائن الشيء المرهون فعليه أن يبذل فى حفظه وصيانته من العناية ما يبذله الشخص العادى ، وهو مسئول عن هلاك الشيء أو تلفه ما لم يثبت أن ذلك يرجع لسبب أجنبى لا يد له فيه .

التقنين المدنى العراقى م ١٣٣٨ / ١ : على المرتهن أن يبذل فى حفظ المرهون رهنا حيازيا وصيانته من العناية ما يبذله الشخص المعتاد ، وأن يقوم بالنفقات اللازمة لحفظه ، وأن يدفع ما يستحق عليه من ضرائب وتكاليف ، على أن يرجع بذلك على الراهن . وهو مسئول عن هلاكه ، كلا أو بعضا ، ما لم يثبت أن ذلك يرجع لسبب أجنبى لا يد له فيه .

تقنين الملكية العقارية اللبنانى : لا شيء .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢١١ .

المرهون) ، وما يليه من التزامات ثلاثة أخرى فى ذمة الدائن المرتهن (استثمار الشىء المرهون وإدارته ورده) ، إنما تترتب جميعاً بتسلم الدائن المرتهن للشىء المرهون إذ أن تسليم الدائن المرتهن الشىء المرهون هو التزام فى ذمة الراهن أطلنا القول فيه فيما تقدم . وقبل أن يتسلم الدائن المرتهن الشىء المرهون ، لا يكون عليه شىء من هذه الالتزامات الأربعة ، فهى التزامات لا توجد إلا بعد أن ينفذ الراهن التزامه من تسليم الشىء المرهون ونقل حيازته إلى الدائن المرتهن .

ونتكلم ، فى صدد هذا الالتزام (المحافظة على الشىء المرهون) فيما يأتى : (١) الالتزام تعاقدى وما يستتبع ذلك (مقدار العناية — إثبات السبب الأجنبى) . (٢) ما يدخل فى العناية المطلوبة . (٣) المصروفات اللازمة للمحافظة على الشىء . (٤ (جزاء الالتزام بالمحافظة على الشىء .

٥٥٨ — التزام المحافظة على الشىء التزام تعاقدى : فإذا تسلم الدائن المرتهن الشىء المرهون ، فإنه يلتزم بالمحافظة عليه وبصيانته .

فيجب عليه أن يقوم بما يلزم لحفظ الشىء ، ولجعله يقوم بعمله ويؤدى مهمته . فاذا كان الشىء ديناً مضموناً برهن رسمى ، وجب عليه أن يجدد قيد الرهن فى الوقت المناسب[١] . وإذا كان الدين مهدداً بالسقوط بالتقادم ، وجب عليه أن يقطع المدة[٢] . وإذا كان المرهون كمبيالة ، وجب عليه أن يطالب بالوفاء بها عند الاستحقاق[٣]، وأن يقوم بعمل البروتستو عند عدم الدفع[٤] . وإذا كانت المحافظة على الشىء فى حاجة إلى

---

(١) جيوار فقرة ١٨٨ — بودرى ودى لوان فقرة ١٣٧ — چوسران ٢ فقرة ١٥٣٠

(٢) جيوار فقرة ١٨٨ — استئنات مختلط ٩ يونيه سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٤٢١ .

(٣) استئناف مختلط ٤ مايو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٩٨ .

(٤) بون ٢ فقرة ١١٧٥ — أوبرى ورو ٣ فقرة ٤٣٣ .

خبرة خاصة غير متوافرة فى الدائن المرتهن ، وجب عليه الاستعانة بمن تتوافر فيه هذه الخبرة الخاصة[1] .

والعناية المطلوبة فى المحافظة عل الشيء المرهون هى عناية الشخص المعتاد ، لا أزيد ولا أقل . فلو أن الدائن المرتهن كان معروفاً بالحيطة والتدبر فى أموره ، ويزيد على الشخص المعتاد فى عنايته بشؤونه ، لم يطلب منه كل هذه العناية فى المحافظة على الشيء المرهون ، وإلا فإنها عناية تزيد على عناية الشخص المعتاد . كذلك إذا كان الدائن المرتهن معروفاً بالإهمال وعدم التحوط ، لم يكتف منه بهذه العناية ، وإلا فإنها عناية تقل عن عناية الشخص المعتاد . والمطلوب هو عناية الشخص المعتاد ، لا أقل ولو كانت عناية الدائن المرتهن فى شؤونه الخاصة أقل من عناية الرجل المعتاد ، ولا أكثر ولو كانت عناية الدائن المرتهن فى شؤونه الخاصة أزيد من عناية الرجل المعتاد .

ثم إن هذا الالتزام التزام تعاقدى ، لأنه ينشأ من عقد الرهن فيما بين الدائن المرتهن والراهن . ومعنى أنه التزام تعاقدى أنه يفرض أن الدائن المرتهن قائم به ، فلا حاجة لتحمل الراهن أى عبء فى الإثبات .

فما دام الشيء لم يصبه أى مكروه ، ولم يهلك ولم يتلف ، فالمفروض أن الدائن المرتهن قائم بالتزامه من المحافظة على الشيء بعناية الشخص المعتاد . وقد سبق أن بحثنا الحكم فيما إذا هلك الشيء أو تلف ، بتقصير الراهن ، أو بتقصير الدائن المرتهن ، أو بسبب أجنبي ، ولم نعرض فى ذلك لمسالة الإثبات .

أما هنا فنقول إن عبء الإثبات يتحمله الدائن المرتهن ، لأن الالتزام

---

(١) انظر بودرى ودى لوان فقرة ١٣٩ وفقرة ٢١٤ – استئناف مختلط ٤ نوفبر سنة ١٩١٤ م ٢٨ ص ٩ – ١٥ مارس سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٠٣ .

ويرجع الدائن المرتهن بالمصروفات على الراهن (محمد كامل مرسى فقرة ٣٠٩ ص ٤٠٥ هامش ٣) .

تعاقدى . فما دام الشيء المرهون سليما ، ، فهذا دليل على أن الدائن المرتهن قائم بالتزامه من المحافظة على الشيء بعناية الشخص المعتاد . أما إذا هلك الشيء أو تلف أو أصابه خلل ، فإن الراهن لا يكلف بأى إثبات . ومن حقه أن يعتبر أن الدائن المرتهن لم يقم بالتزامه من المحافظة على الشيء بعناية الشخص المعتاد ، وأنه مسئول عن هذا الخلل . وعبء الإثبات يتحمله الدائن المرتهن ، فهو مسئول عن الخلل إلا إذا أثبت أن الهلاك أو التلف أو الخلل يرجع إلى سبب أجنبي لا يد له فيه . وتقول مذكرة المشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « وهذه المسئولية تعاقدية ، فهو مسئول عن هلاك الشيء ، إلا إذا أثبت أن الهلاك يرجع إلى سبب أجنبي لا يد له فيه »[١] .

وخلاصة القول هنا أن أى هلاك أو تلف أو خلل فى الشيء المرهون ، بعد أن يتسلمه الدائن ، يفرض أنه حصل بخطأه ، ما لم يثبت هو أنه حصل بخطأ الراهن أو بخطأ الغير أو قضاء وقدراً ، أى ما لم يثبت هو أنه حصل بسبب أجنبي لا يد له فيه

٥٥٩ — ما يدخل فى العناية المطلوبة — نص محذوف : وكان المشروع التمهيدى يتضمن نصاً هو المادة ١٥٤٠ ، وكانت تجرى على الوجه الآتى :

« إذا كان الشيء الموهون مهدداً أن يصيبه هلاك أو تلف أو نقص فى القيمة ، وجب على الدائن أن يبادر بإخطار الراهن بذلك . وفى هذه الحالة يجوز للراهن أن يسترد الشيء ، إذا قدم للدائن تأميناً آخر يراه القاضى كافياً » .

وقد تليت هذه المادة فى لجنة المراجعة ، فرأت اللجنة حذفها اكتفاء بالقواعد العامة[٢] .

والقواعد العامة تكفى ، فى الواقع من الأمر ، للوصول إلى حكم هذه

---

(١) آنفاً فقرة ٥٥٧ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢١٠ — ص ٢١١ فى الهامش .

المادة دون حاجة إلى نص خاص بذلك . فالدائن المرتهن هو الذى انتقلت إليه حيازة الشىء المرهون ، فيعلم بطبيعة الحال حالة هذا الشىء ، وما إذا كان مهدداً أن يصيبه هلاك أو تلف أو نقص فى القيمة . فإذا كان مهدداً بذلك ، كان الأمر خطيراً ولم يستطع السكوت على ذلك .

فعليه أن يبادر إلى إخطار الراهن بحالة الشىء المرهون . فإذا رأى الراهن أن بقاء الشىء بحالته عند الدائن المرتهن يهدد هذا الشىء ، وأن الشىء قد يهلك أو يتلف أو يصيبه نقص فى القيمة ، فله أن يسترد الشىء من الدائن المرتهن ، على أن يقدم له تأميناً آخر يراه القاضى كافيا .

فيدخل إذن فى العناية المطلوبة من الدائن المرتهن ، أن يخطر الراهن بما يهدد الشىء المرهون من هلاك أو تلف أو نقص فى القيمة ، حتى يستطيع الراهن أن يكون ملماً بحالة الشىء ، فيكون على بصيرة من أمره .

وقد جاء فى مذكرة المشروع التمهيدى ، فى هذا الصدد ، ما يأتى : « ومما يدخل فى العناية المطلوبة من الدائن المرتهن أن يبادر ، وهو الحائز للشىء المرهون ، إلى إخطار الراهن بما عسى أن يهدد الشىء من هلاك أو تلف أو نقص فى القيمة . ويجوز للراهن فى هذه الحالة أن يسترد الشىء المعرض للتلف ، على أن يقدم للدائن تأميناً آخر يكون كافياً (م ١٥٤٠ من المشروع التمهيدى »[1]) .

٥٦٠ — المصروفات اللازمة للمحافظة على الشىء : وقد ينفق الدائن المرتهن ، فى المحافظة على الشىء المرهون وصيانته ، مصروفات تقتضيها أعمال المحافظة والصيانة . مثل ذلك مصروفات تجديد القيد ، وقطع المدة فى التقادم ، والوفاء بالكمبيالة ، وعمل البروتستو ، ونحو ذلك[2] .

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٥٥٧ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٥٥٨ .

وهذه المصروفات ينفقها الدائن المرتهن ، ولكن يكون له حق الرجوع بها على المستفيد الحقيقى منها ، وغالباً يكون الراهن ، أو المدين ، أو المدين الراهن إذا كانا شخصاً واحداً[١] .

٥٦١ — جزاء الالتزام بالمحافظة على الشىء المرهون : وقد لا يقوم الدائن المرتهن بالتزامه بالمحافظة على الشىء المرهون ، أو يخل بهذا الالتزام .

وهنا يجب تطبيق القواعد العامة .

وهذه تعنى بأهمية المخالفة ، وما أصاب الراهن أو غيره من ضرر بسببها .

فإذا كان الضرر غير جسيم ، فقد يكفى الحكم بالتعويض للمضرور جزاء للدائن المرتهن لعدم القيام بالتزامه .

أما إذا كان الضرر جسيماً ، ولا يؤمن بقاء الشىء المرهون فى يد الدائن المرتهن ، فقد يصل الأمر ، فوق الحكم بالتعويض ، إلى وضع الشىء المرهون تحت الحراسة .

المطلب الثانى

استثمار الشىء المرهون

٥٦٢ — نص قانونى : تنص المادة ١١٠٤ مدنى على ما يأتى :

« ١ — ليس للدائن أن ينتفع بالشىء المرهون دون مقابل » .

« ٢ — وعليه أن يستثمره استثماراً كاملا ، ما لم يتفق على غير ذلك » .

« ٣ — وما حصل عليه الدائن من صافى الريع وما استفاده من استعمال

---

(١) انظر استئناف مختلط أول يونيه سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ٦٥ — دى هلتس فقرة ١٠٤ — جرانمولان فقرة ١٨٠ — محمد كامل مرسى فقرة ٣٠٩ ص ٤٠٧ .

الشيء يخصم من المبلغ المضمون بالرهن ولو لم يكن قد حل أجله ، على أن يكون الخصم أولا من قيمة ما أنفقه فى المحافظة على الشيء وفى الإصلاحات ثم من المصروفات والفوائد ثم من أصل الدين »(١) .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٠٤١ من المشروع التمهيدى ، وأجرت لجنة المراجعة تعديلات لفظية فى النص حتى صار مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، ثم وافقت عليه تحت رقم ١٢٠٨ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١٩٣ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١١٠٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢١٢ – ص ٢١٤) .

التقنين المدنى السابق م ٥٤٥ / ٦٦٧ : لا يجوز للدائن المرتهن أن ينتفع بالرهن بدون مقابل . بل عليه أن يسعى فى الاستغلال من الرهن بحسب ما هو قابل له ، إلا إذا وجد شرط بخلاف ذلك . وهذه الغلة تستنزل من الدين المؤمن بالرهن ، ولو قبل حلول الأجل ، بحيث أنها تستنزل أولا من الفوائد والمصاريف ثم من أصل الدين .

التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ١٠٦٥ : ١ – لا يجوز للدائن أن يتناول دون رضاء المدين منفعة مجانية من العقار المرهون ، وعليه أن يستغل منه كل الثمار التى يمكن أن يغلها ٢ – وتحسم هذه الثمار من الدين المضمون ، حتى قبل استحقاقه ، محسوبة أولا على الفائدة والنفقات ثم على رأس المال . وانظر أيضاً م ١٠٣٦ وم ١٠٣٧ .

التقنين المدنى الليبى م ١١٠٨ : ١ – ليس للدائن أن ينتفع بالشيء المرهون دون مقابل . ٢ – وعليه أن يستثمره استثماراً كاملا ، ما لم يتفق على غير ذلك . ٣ – وما حصل عليه الدائن من صافى الربح وما استفاده من استعمال الشيء يخصم من المبلغ المضمون بالرهن ولو لم يكن قد حل أجله ، على أن يكون الخصم أولا من قيمة ما أنفقه فى المحافظة على الشيء وفى الإصلاحات ثم من المصروفات والفوائد ثم من أصل الدين .

التقنين المدنى العراقى م ١٣٤٠ : ليس للمرتهن أن ينتفع بالمرهون رهنا حيازيا دون مقابل . وما حصل عليه من صافى ريعه وما استفاده من استعماله يخصم من الدين الموثوق بالرهن ، ولو لم يكن قد حل أجله ، على أن يكون الخصم أولا من قيمة ما أنفقه فى المحافظة عليه وما دفعه من الضرائب والتكاليف وما استحقه من التعويض ثم من المصروفات والفوائد ثم من أصل الدين .

تقنين الملكية العقارية اللبنانى م ١١١ : لا يجوز للدائن أن يتناول دون رضاء المديون منفعة مجانية من العقار المرهون ، وعليه أن يستغله كل الثمار التى يمكن أن يغلها ، وتحسم هذه الغلة من الدين المضمون ، حتى قبل استحقاقه ، محسوبة أولا على الفائدة والنفقات ، ثم على رأس المال .

وجاء فى مذكرة المشروع التمهيدى ، فى خصوص هذا النص ، ما يأتى :

« ١ – يلتزم الدائن باستثمار الشيء المرهون الاستثمار الذى يصلح له ، وأن يبذل فى استثماره وإدارته عناية الرجل المعتاد ، ولا يغير من الطريقة المألوفة لاستغلاله إلا برضاء الراهن ، ويبادر إلى إخطار الراهن بكل ما يقتضيه أن يتدخل . فإن أخل الدائن المرتهن بهذا الواجب من العناية : كان للراهن أن يطلب وضع الشيء تحت الحراسة ، كما يجوز له أن يرد الدين فيسترد الرهن . فإذا لم يكن للدين فوائد ، رده بعد خصم الفائدة بسعرها القانونى عن المدة ما بين يوم الوفاء ويوم الحلول » .

« ٢ – وما ينتج من الغلة يخصم من الدين ولو لم يكن قد حل أجله ، على أن يحتسب الخصم من قيمة ما أنفقه الدائن المرتهن فى المحافظة على الشيء وما عسى أن يستحقه من تعويض ، ثم من المصروفات والفوائد ، ثم من أصل الدين . والحق فى أخذ الغلة وخصمها على النحو المتقدم هو عنصر من عناصر حق الرهن ، فالدائن المرتهن يستولى على الغلة أصيلا عن نفسه لا نائباً عن الراهن »[1] .

ونتكلم هنا فى المسائل الآتية : (١) وجوب استثمار الشيء المرهون بمقابل . (٢) كيفية الاستثمار . (٣) العناية الواجب بذلها فى الاستثمار . (٤) توزيع ما ينتج من الاستثمار . (٥) جزاء إخلال الدائن المرتهن بهذا الواجب من العناية . (٦) الاتفاق على جعل الثمار فى مقابل الفوائد (م ١/١١٠٥ مدنى) . (٧) عدم تعيين ميعاد لحلول الدين المضمون (م ٢/١١٠٥ مدنى) .

٥٦٣ – وجوب استثمار الشيء المرهون بمقابل : ولا يجوز للدائن المرتهن أن ينتفع بالشيء المرهون دون مقابل (م ١/١١٠٤) ، بل إن

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢١٩ .

انتفاعه به يجب أن يكون له مقابل[1] يخصم من الدين على الوجه الذى سنبينه فيما يلى .

ويجب على الدائن المرتهن ، ما دام الشيء المرهون صالحاً للاستثمار ، أن يستثمره استثماراً كاملا ، ولهذا أوجب القانون نقل حيازة الشيء المرهون إلى الدائن المرتهن حتى يستثمره .

ويجوز اتفاق الدائن المرتهن مع الراهن على أن يستثمر الدائن المرتهن الشيء المرهون ويستبقيه عنده ضماناً لحقه ، ولكن لا بد من اتفاق على ذلك ، وبدون هذا الاتفاق يتعين على الدائن المرتهن بمجرد تسلمه الشيء المرهون أن يستثمره استثماراً كاملا ، وأن يخصم حاصل هذا الاستثمار على نحو معين[2] سنبينه فيما بعد .

٥٦٤ — *كيفية الاستثمار* : يكون استثمار الشيء المرهون استثماراً كاملا فى الوجه الذى يصلح له ، وبالطريقة المألوفة لاستثمار الشيء . فلا يجوز للدائن المرتهن تغيير هذه الطريقة المالوفة ، إلا إذا رضى الراهن بذلك .

فاستغلال الأراضى الزراعية استغلالا معتاداً يكون بزرعها بالمحصولات

---

(١) وذلك لمنع الحصول على فوائد فاحشة يحرمها القانون (استئناف وطنى ١٠ مايو سنة ١٩١٦ المجموعة الرسمية ١٨ رقم ٦ ص ٩ – استئناف مختلط ١٣ مارس سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ١٩٨) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن المطالبة باستهلاك الدين وملحقاته بسبب استغلال الدائن الأرض المرهونة له تتضمن فى حقيقة الواقع المطالبة بريع هذه الأرض عن مدة الرهن كلها ، وإجراء المقاصة بين هذا الريع وبين الدين المضمون وتوابعه (نقض مدنى ١٧ فبراير سنة ١٩٣٨ مجموعة الخمسة والعشرين عاما ١ ص ٣٩٣ رقم ١١) .

وقضت أيضاً بأن الدائن المرتهن رهن حيازة يعتبر أنه وكيل عن المدين الراهن فى استغلال وإدارة العين المرهونة وقبض ريعها وأن عليه بهذا الوصف أن يقدم إلى الراهن حسابا مفصلا عن ذلك ، ودين الموكل قبل وكيله لا يبدأ تقادمه إلا من تاريخ انتهاء الوكالة وتصفية الحساب بينهما (نقض مدنى ٢٣ نوفبر سنة ١٩٥٠ مجموعة الخمسة والعشرين عاما ١ ص ٣٩٣ رقم ١٠) .

العادية كالقطن والقمح والأذرة والرز والبرسيم وما إلى ذلك ، أو بتأجيرها إلى من يقوم بزراعتها على هذا النحو . واستغلال حدائق الفاكهة أو الورد يكون بزراعتها فاكهة أو ورداً أو بتأجيرها لهذا الغرض ، ولكن لا تجوز زراعة هذه الأرض بالمحصولات العادية كالقطن والقمح .

واستغلال المنازل والبيوت يكون بسكناها ، أو بتأجيرها للسكنى[1] ، ولا يجوز تحويلها إلى فندق أو مصنع إلا برضاء الراهن .

وكذلك الأمر فى الأرض الفضاء ، وفى الفنادق وفى المصانع ، وفى الأشياء المنقولة[2] ، وفى الديون ، وفى الأشياء المعنوية ، وفى غير ذلك[3] .

وعلى الدائن المرتهن أن يبادر إلى إخطار الراهن بكل ما يقتضيه أن يتدخل ، كإصلاح الشىء وترميمه ، وكعدم صلاحية الشىء للاستثمار ، وكهلاك الشىء أو تلفه أو نقص قيمته ، وغير ذلك مما يحدث للشىء[4] .

---

(١) استئناف مختلط ١٣ مارس سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ١٩٨ .

(٢) فى القانون المدنى الفرنسى ليس للدائن المرتهن حق استغلال المنقول المرهون من غير رضاء المدين الصريح أو الضمنى ، ويعتبر المنقول المرهون وديعة فى يد الدائن المرتهن لضمان حقه ، والثمار الناتجة من المنقول تكون ملكا للمدين الراهن مع اعتبارها داخلة فى حق الرهن أى مرهونة لأنها تابعة للشىء المرهون . فيجب على الدائن المرتهن أن يحفظ الثمار عيناً إذا كان ذلك ممكنا ، وإلا فيجب عليه أن يبيعها مع خصم ثمنها من الفوائد أو أصل الدين (بون فقرة ١١٨١ وفقرة ١١٨٢ – جيوار فقرة ١٤٢ مكررة – بودرى ودى لوان فقرة ٩٦) .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأن القانون لم يعين طريقا خاصاً يجب اتباعه فى تقدير ريع العين المرهونة رهنا حيازيا عند إجراء عملية استهلاك دين الراهن ، ومن ثم كان هذا التقدير مما تستقل به محكمة الموضوع ما دامت تبنيه على أسباب سائغة (نقض مدنى ٢١ ديسمبر سنة ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض ١٢ رقم ١٣٨ ص ٨١٥) .

(٤) انظر فى نقض حكم لم يبين الأسباب فى اعتبار الدائن مقصراً فى استغلال العين : نقض مدنى ٢٧ يناير سنة ١٩٥٥ مجموعة الخمسة والعشرين عاما ١ ص ٣٩٣ رقم ١٣ .

وانظر نقض مدنى ٢٨ أكتوبر سنة ١٩٤٨ مجموعة الخمسة والعشرين عاما ١ ص ٣٩٣ رقم ١٢ – ٢١ أبريل سنة ١٩٥٥ مجموعة الخمسة والعشرين عاما ١ ص ٣٩٤ رقم ١٤ .

٥٦٥ — العناية الواجب بذلها فى الاستثمار : ويجب أن يكون الدائن المرتهن معنياً باستثمار الشىء المرهون ، وأن يبذل فى ذلك عناية الرجل المعتاد .

فالعناية المطلوبة منه هى عناية الرجل المعتاد ، لا أكثر من ذلك ولو كان يبذل عناية فائقة تزيد على عناية الرجل المعتاد فى شؤونه الخاصة ، ولا أقل ولو كان معروفاً بالإهمال فى شؤونه الخاصة ويبذل فيها عناية أقل من عناية الرجل المعتاد .

وتقول مذكرة المشروع التمهيدى فى هذا المعنى ما يأتى : « يلتزم الدائن باستثمار الشىء المرهون بالاستثمار الذى يصلح له ، وأن يبذل فى استثماره وإدارته عناية الرجل المعتاد »[1] .

٥٦٦ — توزيع ما ينتج من الاستثمار : وتقول الفقرة الثالثة من المادة ١١٠٤ مدنى ما يأتى : « وما حصل عليه الدائن من صافى الريع وما استفاده من استعمال الشىء يخصم من المبلغ المضمون بالرهن ولو لم يكن قد حل أجله ، على أن يكون الخصم أولا من قيمة ما أنفقه فى المحافظة على الشىء وفى الإصلاحات ، ثم من المصروفات والفوائد ، ثم من أصل الدين » .

والذى ينتج من الاستثمار ، أى ما حصل عليه الدائن من صافى الريع بعد خصم مصروفات الاستثمار ، وما استفاده من استعمال الشىء كسكناه أو جنى ثماره وغلته ، يخصم من المبلغ المضمون بالرهن ولو قبل حلول أجله ، لأن الدائن المرتهن قد استوفاه أو استفاد به . فهذا يعتبر ، إلى جانب ما يسدده الراهن أو المدين نقداً ، مصدراً آخر لسداد الدين المضمون بالرهن .

ويوزع على النحو الآتى :

---

(١) آنفاً فقرة ٥٦٢ .

أولا – سداد ما للدائن ، مما أنفقه فى المحافظة على الشيء وفى الإصلاحات . فما أنفقه الدائن فى المحافظة على الشيء ، ويجوز الرجوع به على الراهن ، يستوفيه الدائن المرتهن من هذه الغلة ، لأن الغلة للراهن ومصروفات المحافظة على الشيء على الراهن ، فيقاص هذا فى ذاك . . ويستوفى الدائن المرتهن أيضاً من الغلة ما صرفه فى إصلاح الشيء المرهون ، لأن ما صرفه فى ذلك يرجع به على الراهن ، والغلة ملك الراهن فيستطيع الدائن المرتهن الرجوع على الغلة فى هذه المصروفات .

ثانياً – سداد ملحقات الدين من مصروفات وفوائد . ويبدأ بالمصروفات ، فما صرفه الدائن المرتهن فى الدين من سمسرة وأتعاب محاماة وقيد وتجديد القيد وغير ذلك ، يستوفيه الدائن المرتهن من الغلة ، لأن له الرجوع به على المدين وهو مضمون بالرهن ، فيرجع به على الغلة . ثم بعد المصروفات تأتى فوائد الدين ، ما ضمن منها بالرهن من تلقاء نفسه وما اشترط أن يضمنه الرهن ، وهذه الفوائد يستوفيها الدائن المرتهن أيضاً من الغلة .

ثالثاً – سداد أصل الدين . فإن بقى من الغلة شيء بعد كل ما تقدم ، فإنه يذهب لسداد أصل الدين كله أو بعضه ، بعد أن يستوفى الدائن المرتهن من الغلة ما أنفقه فى المحافظة على الشيء وفى الإصلاحات ، ثم بعد أن استوفى من الغلة ملحقات الدين من مصروفات وفوائد[1] .

٥٦٧ – جزاء إخلال الدائن المرتهن بهذا الواجب من العناية : وقد جاء فى مذكرة المشروع التمهيدى ما يأتى : « فإن أخل الدائن المرتهن بهذا الواجب من العناية ، كان للراهن أن يطلب وضع الشيء تحت الحراسة ،

---

(١) وقد جاء فى مذكرة المشروع التمهيدى ما يأتى : والحق فى أخذ الغلة وخصمها على النحو المتقدم هو عنصر من عناصر حق الرهن ، فالدائن المرتهن يستولى على الغلة أصيلا عن نفسه ونائبا عن الراهن » . (آنفاً فقرة ٥٦٢) . وقد قضى بأن الدائن المرتهن لا يعتبر وكيلا عن الراهن (أسيوط استئناف ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٢١٩ ص ٤٠٤) .

كما يجوز له أن يرد الدين فيسترد الرهن . فإذا لم يكن للدين فوائد ، رده بعد خصم الفائدة بسعرها القانونى عن المدة ما بين يوم الوفاء ويوم الحلول »[1] .

فالدائن المرتهن عليه واجب هو أن يبذل فى استثمار الشىء المرهون عناية الرجل المعتاد كما قدمنا ، وعليه توزيع ما ينتج من الاستثمار على نحو معين ، فإن قصر فى شىء من ذلك فإن مذكرة المشروع التمهيدى تقرر للراهن حقين :

(الحق الأول) له أن يطلب وضع الشىء تحت الحراسة . فالرهن لا يزال قائماً ، والشىء لا يزال مرهوناً ، ولكن الدائن المرتهن لا يوليه العناية الواجبة وهى عناية الشخص المعتاد . فيوضع الشىء المرهون تحت الحراسة ، والحارس هو الذى يعنى به ، فيوليه عناية الشخص المعتاد .

(الحق الثانى) وللمدين الراهن أيضاً أن يرد الدين المضمون بالرهن قبل حلول أجله الأصلى ، ومتى رد الدين استرد الشىء المرهون بعد أن انقضى الرهن على هذا النحو . ويلاحظ ، عند رد الدين ، أن الدين إذا كانت له فوائد ، فقد وقف سريان هذه الفوائد قبل ميعاد الحلول الأصلى ، وعند دفع الدين . أما إذا لم يكن للدين فوائد ، فإن الراهن له أن يخصم من الدين عند رده فوائد بالسعر القانونى (٤٪ فى المسائل المدنية و ٥٪ فى المسائل التجارية) ، عن المدة ما بين وقت دفع الدين ووقت حلول ميعاده الأصلى .

٥٦٨ — الاتفاق على جعل الثمار فى مقابل الفوائد — نص قانونى :

وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ١١٠٥ مدنى على ما يأتى :

« إذا كان الشىء المرهون ينتج ثماراً أو إيراداً واتفق الطرفان على أن يجعل ذلك كله أو بعضه فى مقابل الفوائد ، كان هذا الاتفاق نافذاً فى حدود

---

[1] (١) آنفاً فقرة ٥٦٢ .

أقصى ما يسمح به القانون من الفوائد الاتفاقية »[١] .

ويؤخذ من هذا النص أنه إذا اتفق الطرفان ، المدين الراهن والدائن المرتهن ، على أن تكون ثمار الشيء المرهون أو إيراده (ثماره المدنية) أو بعضها فى مقابل الفوائد ، لم يسر هذا الاتفاق فى جميع الأحوال على علاته .

فإذا كانت ثمار الشيء المرهون « أو بعضها) لا تجاوز ٧٪ من الدين المضمون بالرهن ، سرى الاتفاق ، واعتبرت الفائدة هى الثمار (أو بعضها) وهى لا تجاوز ٧ ٪ من الدين ، فتكون الفائدة لا تزيد على الحد الأقصى الذى يسمح به القانون للفوائد الاتفاقية ، فقد تكون مثلا ٤ ٪ أو ٥ ٪ أو ٦ ٪ أو ٧ ٪ ، وهذا كله جائز . وبعد أن يستولى الدائن المرتهن على الثمار ، يبقى أصل الدين ، يسدده المدين الراهن للدائن المرتهن على الوجه الذى يتفقان عليه .

وإذا كانت ثمار الشيء المرهون (أو بعضها) تجاوز ٧ ٪ من الدين ،

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٥٤٢ / ١ من المشروع التمهيدى . وأدخلت لجنة المراجعة تعديلات لفظية طفيفة على النص فصار مطابقا ، تحت رقم ١٢٠٩ / ١ فى المشروع النهائى ، لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافق مجلس النواب على النص تحت رقم ١١٩٤ / ١ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١١٠٥ / ١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢١٥ – ص ٢١٧)

التقنين المدنى السابق : لا مقابل .

التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى : لا شيء .

التقنين المدنى الليبى م ١١٠٩ / ١ : إذا كان الشيء المرهون ينتج ثماراً أو إيراداً واتفق الطرفان على أن يحمل ذلك كله أو بعضه فى مقابل الفوائد ، كان هذا الاتفاق نافذا فى حدود أقصى ما يسمح به القانون من الفوائد الاتفاقية .

التقنين المدنى العراقى : لا شيء .

تقنين الملكية العقارية اللبنانى : لا شيء .

لم يحسب للدائن إلا مقدار ٧ ٪ ، وما زاد على ذلك يخصم من أصل الدين[1] .
وما يبقى من أصل الدين ، يتفق الطرفان على سداده بالطريقة التي يريانها .

وقد ورد في مذكرة المشروع التمهيدي ، في هذا الصدد ، ما يأتي :

« ويقع أن يسلم الراهن العين المرهونة للدائن ، على أن تكون الثمار في مقابل الفوائد . فيجب أن تخصم الثمار في حدود أقصى ما يسمح به القانون من الفوائد الاتفاقية ، فإذا زادت الثمار على هذا الحد الأقصى فما زاد منها يخصم من أصل الدين »[2] .

٥٦٩ — عدم تعيين ميعاد لحلول الدين المضمون — نص قانوني :

ونصت الفقرة الثانية من المادة ١١٠٥ مدني على ما يأتي :

« فإذا لم يتفق الطرفان على أن تجعل الثمار في مقابل الفوائد وسكتا مع

---

(١) وكل اتفاق على غير ذلك باطل (استئناف وطني ٢٣ مايو سنة ١٩١١ المجموعة الرسمية ١٢ رقم ١١٣ — ١٠ مايو سنة ١٩١٦ المجموعة الرسمية ١٨ رقم ٦ ص ٩ — أول يناير سنة ١٩١٧ الشرائع ٤ رقم ٦٤ ص ٢٤٨ — ١٠ مارس سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٤٦٣ ص ٨٤٥) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢١٩ .

وقد قضت محكمة استئناف مصر الوطنية بأنه في الأحوال التي ينص فيها عقد رهن الحيازة على جواز انتفاع المرتهن بالعين المرهونة مقابل فائدة الدين ، يعمل بشرط الانتفاع ولا يكون للمرتهن الحق في المطالبة باحتساب فائدة معينة لدينه لأن هذا الاتفاق معناه الاكتفاء بالغلة نقصت أو زادت . على أنه على كل حال لا يصح أن تتجاوز تلك الغلة أقصى فائدة يسمح بها القانون وهي ٩ ٪ ، ورقابة المحاكم في هذه الحالة تكون مقصورة على عدم تمكين المرتهن من الحصول على فائدة أكثر من المسموح به قانونا (استئناف مصر ١٠ مارس سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٤٦٣ ص ٨٤٥) .

وقضت محكمة الاسكندرية الكلية الوطنية بأنه إذا كانت غلة العين المرهونة رهنا حيازيا تقل عن ٩ ٪ سنويا ، كان للدائن المرتهن أن يستولى عليها كاملة كفائدة لدينه مباحة قانونا ، أما إذا زادت على ٩ ٪ سنويا تعين استنزال الزيادة من أصل دين الرهن (الإسكندرية الكلية ٨ فبراير سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٩ رقم ٥٦ ص ١١٧) .

ذلك عن تحديد سعر الفائدة ، حسبت الفائدة على أساس السعر القانونى دون أن تجاوز قيمة الثمار . فاذا لم يعينا ميعاداً لحلول الدين المضمون ، فلا يجوز للدائن أن يطالب باستيفاء حقه إلا عن طريق استنزاله من قيمة الثمار ، دون إخلال بحق المدين فى الوفاء بالدين فى أى وقت أراد »[1].

وهذه صورة اتفاق أخرى ، أكثر شيوعاً فى العمل ، ومستمدة من الغاروقة التى أبطل العمل بها بعد أن زالت الأراضى الخراجية .

لا يتفق الطرفان ، المدين الراهن والدائن المرتهن ، على جعل الثمار فى مقابل الفوائد ، ويسكتان عن تحديد سعر الفائدة ، ولا يعينان ميعادا لحلول الدين المضمون .

عند ذلك تحسب الفائدة على أساس السعر القانونى ، لأنها لم تحدد . وفى الغالب تكون الثمار أكثر من السعر القانونى للفائدة ، الذى هو ٤ ٪

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٥٤٢ / ٢ من المشروع التمهيدى . وأدخلت لجنة المراجعة على النص بعد تعديلات لفظية طفيفة ، فصار النص ، تحت رقم ١٢٠٩/٢ فى المشروع النهائى ، مطابقا لما استقر عليه . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١٩٤/٢ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١١٠٥/٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢١٥ — ص ٢١٧) .

التقنين المدنى السابق : لا مقابل .

التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى : لا شىء .

التقنين المدنى الليبى م ١١٠٩/٢ : فإذا لم يتفق الطرفان على أن تجعل الثمار فى مقابل الفوائد وسكتا مع ذلك عن تحديد سعر الفائدة ، حسبت الفائدة على أساس السعر القانونى دون أن تجاوز الثمار . فإذا لم يعينا ميعاداً لحلول الدين المضمون ، فلا يجوز للدائن أن يطالب باستيفاء حقه إلا من طريق استنزاله من قيمة الثمار ، دون إخلال بحق المدين فى الوفاء بالدين فى أى وقت أراد .

التقنين المدنى العراقى : لا شىء .

تقنين الملكية العقارية اللبنانى : لا شىء .

أو ٥ ٪ . فيستولى الدائن المرتهن على الثمار ، ويجعل منها ٤ ٪ وأوه ٪ فوائد للدين ، وما بقى من الثمار بعد ذلك يسدد به أصل الدين . فاذا كانت الثمار تبلغ مثلا ١٢ ٪ من الدين وكانت المسألة مدنية ، استولى الدائن من الثمار على ٤ ٪ من الدين فى مقابل الفوائد . وما بقى من الثمار بعد ذلك ، وهو ٨ ٪ من الدين كل سنة ، يستولى عليه الدائن ليسدد منه أصل الدين ، فيسدد أصل الدين فى ١٢½ سنة (١٢½ × ٨ = ١٠٠) . ويتحتم على الدائن أن يستوفى أصل الدين على هذا النحو ، أى من فائض الثمار . وإذا أراد المدين الراهن أن يتعجل ، فله أن يدفع ما بقى من أصل الدين فى أى وقت أراد .

وإذا فرض أن الثمار لا يبقى منها شيء لسداد أى جزء من أصل الدين ، بل كانت مثلا ٤ ٪ من الدين (والمسألة مدنية) أو أقل من ذلك ، استولى عليها الدائن المرتهن فى مقابل الفوائد ، ولو كانت أقل من ٤ ٪ من الدين . ويبقى أصل الدين لم يسدد منه شيء حتى يتفق الطرفان على تسديده . فإن لم يتفقا ، اعتبر الدين غير محدد الأجل ، ويحدد القاضى أجلا لحلوله ، مراعياً فى ذلك موارد المدين الحالية والمستقبلة ، ومقتضياً من المدين عناية الرجل الحريص على الوفاء بالتزامه . ويستطيع المدين أن يوفى الدين فى أى وقت يشاء ، متى استطاع ذلك ، فيسترد العين المرهونة .

وقد ورد ذلك فى مذكرة المشروع التمهيدى ، على الوجه الآتى : .

« والذى يقع كثيراً أن يسلم الراهن العين للدائن ، ويسكت عن تحديد سعر الفائدة وميعاد حلول الدين ، وهذه هى صورة للغاروقة التى أبطلت . فيجب تطبيق القواعد العامة فى هذه الحالة ، على أن تحسب الفائدة على أساس السعر القانونى دون أن تجاوز الثمار . فإذا بقى شيء من الثمار خصم من أصل الدين ، ولا يستطيع الدائن أن يطالب بالدين إلا من طريق خصمه من فائض الثمار . فإذا لم يكن للثمار فائض كان الدين غير محدد الأجل ، فيحدد

القاضى أجلا للحلول ، مراعياً فى ذلك موارد المدين الحالة والمستقبلة . ومقتضياً عناية الرجل الحريص على الوفاء بالتزامه (انظر م ٣٩٥ من المشروع) . وغنى عن البيان أن المدين يستطيع أن يوفى الدين فى أى وقت شاء ، فيسترد العين المرهونة »[1] .

المطلب الثالث

إدارة الشيء المرهون

٥٧٠ — *نص قانونى* : نصت المادة ١١٠٦ مدنى على ما يأتى

« ١ — يتولى الدائن المرتهن إدارة الشيء المرهون ، وعليه أن يبذل فى ذلك من العناية ما يبذله الرجل المعتاد ، وليس له أن يغير من طريقة استغلال الشيء المرهون إلا برضاء الراهن ، ويجب عليه أن يبادر بإخطار الراهن عن كل أمر يقتضى تدخله » .

« ٢ — فإذا أساء الدائن استعمال هذا الحق أو إدار الشيء أدارة سيئة أو ارتكب فى ذلك إهمالا جسيما ، كان للراهن الحق فى أن يطلب وضع الشيء تحت الحراسة ، أو أن يسترده مقابل دفع ما عليه ، وفى الحالة الأخيرة إذا كان المبلغ المضمون بالرهن لا تسرى عليه فائدة ولم يكن قد حل أجله ، فلا يكون للدائن إلا ما يبقى من هذا المبلغ بعد خصم قيمة الفائدة منه بسعرها القانونى عن المدة ما بين يوم الوفاء ويوم حلول الدين »[2] .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢١٩ — ص ٢٢٠ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٥٤٣ من المشروع التمهيدى . وأدخلت لجنة المراجعة تعديلات لفظية طفيفة فصار النص مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، ووافقت اللجنة على النص تحت رقم ١٢١٠ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١٩٥ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١١٠٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢١٧ — ص ٢٢٠) .

ونتكلم فيما يأتى : (١) كيفية إدارة الشيء المرهون وما يرد على ذلك من قيود . (٢) العناية الواجب بذلها فى إدارة الشيء المرهون . (٣) المصروفات التى ينفقها الدائن المرتهن فى الإدارة . (٤) الجزاء على سوء الإدارة .

٥٧١ — كيفية إدارة الشيء المرهون وما يرد على ذلك من قيود : وبمجرد أن يتسلم الدائن المرتهن الشيء المرهون ويصير فى حيازته ، عليه أن يتولى إدارته . فهو الذى يحوزه ، فلا يوجد غيره يصلح لهذه الإدارة .

ويديره الإدارة المعتادة المألوفة ، وكما كان يديره الراهن قبل أن

= التقنين المدنى السابق : لا مقابل .

التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى : لا شيء .

التقنين المدنى الليبى م ١١١٠ : ١ – يتولى الدائن المرتهن إدارة الشيء المرهون ، وعليه أن يبذل فى ذلك من العناية ما يبذله الرجل العادى ، وليس له أن يغير من طريقة استغلال الشيء المرهون إلا برضاء الراهن ، ويجب عليه أن يبادر بإخطار الراهن عن كل أمر يقتضى تدخله . ٢ – فإذا أساء الدائن استعمال هذا الحق أو أدار الشيء إدارة سيئة أو ارتكب فى ذلك إهمالا جسيما ، كان للراهن الحق فى أن يطلب وضع الشيء تحت الحراسة أو أن يسترده مقابل دفع ما عليه . وفى الحالة الأخيرة إذا كان المبلغ المضمون بالرهن لا تسرى عليه فائدة ولم يكن قد حل اجله ، فلا يكون للدائن إلا ما يبقى من هذا المبلغ بعد خصم قيمة الفائدة منه بسعرها القانونى عن المدة ما بين يوم الوفاء ويوم حلول الدين .

التقنين المدنى العراقى م ١٣٣٩ : ١ – يتولى المرتهن إدارة المرهون رهنا حيازيا ، وليس له أن يتصرف فيه ببيع أو برهن ، وعليه أن يبذل فى إدارته من العناية ما يبذله الرجل المعتاد ، وليس له أن يغير من طريقة استغلاله إلا برضاء الراهن . ٢ – فإذا أدار المرهون إدارة سيئة أو ارتكب فى ذلك إهمالا جسيما ، كان للراهن أن يطلب وضعه فى يد عدل أو أن يسترده مقابل دفع ما عليه . وفى الحالة الأخيرة إذا كان الدين الموثوق بالرهن ليست له فوائد منفصلة عنه ، ولم يكن قد حل أجله ، فلا يكون للمرتهن إلا ما يبقى من الدين بعد خصم قيمة الفائدة منه بسعرها القانونى عن المدة ما بين يوم الوفاء ويوم حلول الدين .

تقنين الملكية العقارية اللبنانى : لا شيء .

يسلمه للدائن المرتهن . فإن إحداث تغيير فى هذه الإدارة ، وجب أن يتفق على ذلك مع الراهن .

ويتقيد الدائن المرتهن ، فى إدارته للشىء المرهون ، بقيدين سبق أن تكلمنا فيهما . وهما : (١) ليس له أن يغير من طريقة استغلال الشىء المرهون إلا برضاء الراهن . (٢) عليه أن يبادر بإخطار الراهن عن كل أمر يقتضى تدخله .

٥٧٢ — العناية الواجب بذلها فى إدارة الشىء المرهون : وتقول الفقرة الأولى من المادة ١١٠٦ مدنى عن الدائن المرتهن ، كما رأينا ، ما يأتى : « وعليه أن يبذل فى ذلك من العناية ما يبذله الرجل المعتاد » .

فعناية الرجل المعتاد هى المطلوبة دائماً من الدائن المرتهن ، فى المحافظة على الشىء المرهون ، وفى استثماره ، وفى إدارته .

فلا يطلب منه عناية أكبر من ذلك ، ولا أقل ، مهما كانت عنايته بشؤونه الخاصة . وقد سبق أن بينا ذلك فيما تقدم .

٥٧٣ — المصروفات التى ينفقها الدائن المرتهن فى الإدارة : والدائن المرتهن يبذل مصروفات فى إدارة الشىء المرهون ، فهذه كلها يستوفيها من غلة الشىء المرهون ، أو يستوفيها من الراهن .

ونذكر هنا بعضاً من المصروفات التى ينفقها الدائن المرتهن :

١ — المصروفات الضرورية والنافعة والكمالية : أما المصروفات الضرورية فيستوفيها كلها من الراهن ، لأن الراهن كان يصرفها هو لو كان الشىء فى حيازته[1] . وأما المصروفات النافعة ، فيستوفى فيها الدائن المرتهن من الراهن أقل القيمتين : ما صرف فعلا وما زاد فى قيمة الشىء المرهون

---

(١) ديرانتون ١٨ فقرة ٥٤٢ .

بسبب ما صرف[١] . وليس للدائن المرتهن حق امتياز بسبب المصروفات النافعة[٢] ، ولكن له الحق فى الحبس . وأما المصروفات الكمالية ، فلا يسترد منها شيئاً[٣] .

٢ – العوايد والضرائب : وإذا دفع الدائن المرتهن عوايد أو ضرائب على الشيء المرهون ، فله أن يستوفيها من ريع الشيء المرهون ، أو يستوفيها بالتقدم من ثمن الشيء المرهون[٤] .

٣ – الضرر الذى يصيب الدائن المرتهن من حيازة الشيء المرهون : وما يصيب الدائن المرتهن من حيازة الشيء المرهون من ضرر ، كما إذا كان الشيء المرهون حيواناً مصاباً بمرض معد فانتقل المرض إلى حيوانات الدائن المرتهن ، يدفع تعويضاً عنه الراهن الدائن المرتهن »[٥].

٥٧٤ – الجزاء على سوء الإدارة : وتقول الفقرة الثانية من المادة ١١٠٦ مدنى ما يأتى : « فإذا أساء الدائن استعمال هذا الحق أو أدار الشيء إدارة سيئة أو ارتكب فى ذلك إهمالا جسيما ، كان للراهن الحق فى أن يطلب وضع الشيء تحت الحراسة ، أو أن يسترده مقابل دفع ما عليه . وفى الحالة الأخيرة إذا كان المبلغ المضمون بالرهن لاتسرى عليه فائدة ولم يكن قد حل أجله ، فلا يكون للدائن إلا ما يبقى من هذا المبلغ بعد خصم قيمة الفائدة منه بسعرها القانونى عن المدة ما بين يوم الوفاء ويوم حلول الدين »[٦].

---

(١) جيوار فقرة ١٦٠ – بودرى ودى لوان فقرة ١٤٣ وفقرة ٢١٥ – أوبرى ورو ٣ فقرة ٤٣٤ هامش ١٤ وفقرة ٣٤٨ – استئناف مصر ٢٤ نوفبر سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٣٣ رقم ٧٠ ص ١٢٦ .

(٢) بودرى ودى لوان فقرة ١٤٥ .

(٣) بودرى ودى لوان فقرة ١٤٣ .

(٤) محمد كامل مرسى فقرة ٢١٢ ص ٤١٩ .

(٥) جيوار فقرة ١٦٢ – بودرى ودى لوان فقرة ١٤٤ – پلانيول وريبير وبيكيه فقرة ١٠٨ – چوسران ٢ فقرة ١٥٣١ .

(٦) انظر آنفاً فقرة ٥٧٠ .

ويبين هذا النص أن الدائن المرتهن ، إذا أدار الشئ إدارة سيئة أو ارتكب فى إدارته إهمالا جسيماً ، كان له أحد جزائين :

(الجزاء الأول) أن يطلب الراهن وضع الشيء المرهون تحت الحراسة ، فينزع الشيء المرهون من إدارة الدائن المرتهن السيئة ، ويوضع فى يد حارس يعنى به العناية اللائقة ، وقد يستمر ذلك إلى أن ينقضى الرهن .

(الجزاء الثانى) فإذا كان الجزاء الأول غير كاف ، وكان الراهن مستعداً أن يدفع ما عليه من الدين ، فله أن يدفع الدين فينقضى الرهن ، ومن ثم يسترد الراهن الشيء المرهون . وفى هذه الحالة ، إذا كان الدين لا فائدة عليه ولم يحل أجله ، خصم الراهن ، عند دفعه الدين ، من هذا الدين فائدة بالسعر القانونى (٤ ٪ فى المسائل المدنية و ٥ ٪ فى المسائل التجارية) من يوم الوفاء إلى يوم حلول الدين فى ميعاده الأصلى : وقد سبق مثل ذلك ، فيما مضى .

المطلب الرابع

رد الشيء المرهون

٥٧٥ — نص قانونى : تنص المادة ١١٠٧ مدنى على ما يأتى

« يرد الدائن الشيء المرهون إلى الراهن ، بعد أن يستوفى كامل حقه وما يتصل بالحق من ملحقات ومصروفات وتعويضات »[1].

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٥٤٤ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ١ — يرد الدائن الشيء المرهون بعد أن يستوفى كامل حقه وما يتصل بالحق من ملحقات ومصروفات وتعويضات ، إلا فى الحالات التى يقضى فيها القانون بغير ذلك . ٢ — غير أنه إذا وقع الرهن على عدة أشياء منفصلة بعضها عن البعض الآخر ، وكان كل منها ضامناً لجزء من الدين ، جاز للراهن إذا وفى جزءاً أن يسترد ما يقابله من الأشياء المرهونة . ٣ — وعلى الراهن نفقات الشيء المرهون ، ما لم يقض الاتفاق بغير ذلك » . وفى لجنة المراجعة حذفت الفقرتان الثانية والثالثة اكتفاء بالقواعد العامة ، ووافقت اللجنة على الفقرة الأولى تحت رقم ١١٩٦ فى

وجاء فى مذكرة المشروع التمهيدى ، فى خصوص هذا النص ، ما يأتى :

« ١ – يبقى الحق فى حبس المرهون ما دام الدين وملحقاته من فوائد ومصروفات وتعويضات لم يدفع . فإذا بقى شىء من ذلك ، ولو قليلا ، بقى الحق فى الحبس . أما إذا تم الوفاء به كله انقضى الرهن والحبس ، والتزم المرتهن برد المرهون . ونفقات الرد على الراهن ، إلا إذا قضى الاتفاق بغير ذلك . وقد جعلت على الراهن مع أنه هو الدائن بالرد ، لا المدين به ، تغليباً للمبدأ الذى يجعل الراهن هو الذى يتحمل نفقات الرهن جميعاً » .

« ٢ – ويلتزم الدائن المرتهن فى حالات خاصة برد الشىء المرهون قبل وفاء الدين ، كما إذا وجد خطر يهدد الشىء فللراهن أن يسترده إذا

= المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على النص ، تحت رقم ١١٩٦ . وفى لجنة مجلس الشيوخ حذفت اللجنة عبارة « إلا فى الحالات التى يقضى فيها القانون بغير ذلك » الواردة فى آخر المادة لأنه ليست هناك حالات واضحة تقتضى النص عليها صراحة وإذا كانت هناك أحكام القانون فإنها تسرى دون حاجة لهذه الإشارة ، ووافقت اللجنة بهذا التعديل على النص تحت رقم ١١٠٧ . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٢١ – ص ٢٢٤) .

التقنين المدنى السابق : لا مقابل .

التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ١/١٠٤٢ لا يحق للراهن ، فيما خلا الأحوال المنصوص عليها فى المواد السابقة ، أن يطالب برد الشىء إلا بعد إيفاء الدين كله أصلا وفائدة وبعد دفع النفقات المختصة بالدين وبالرهن عند الاقتضاء .

التقنين المدنى الليبى م ١١٩١ : يرد الدائن الشىء المرهون إلى الراهن بعد أن يستوفى كامل حقه ، وما يتصل بالحق من ملحقات ومصروفات وتعويضات .

التقنين المدنى العراقى : لا شىء .

تقنين الملكية العقارية اللبنانى : لا شىء.

قدم تأميناً آخر ، وكما إذا أساء الدائن المرتهن استعمال الشيء المرهون فللراهن أن يطلب وضعه تحت الحراسة ، وكما إذا وقع الرهن على عدة أشياء منفصلة وكان كل منها ضامناً لجزء من الدين فإن الرهن فى هذه الحالة يتجزأ وإذا وفى جزء من الدين استرد الراهن ما يقابل هذا الجزء من الأشياء المرهونة » .

« ٣ – فإذا لم يستوف الدائن المرتهن عند حلوله ، كان له أن يحبس العين كما تقدم . وله كذلك أن ينفذ عليها بحقه باعتباره دائناً مرتهناً ، بل وعلى جميع أموال المدين غير المرهونة له باعتباره دائناً عادياً . ويراعى التنفيذ على المرهون قبل غير المرهون ، وأن يجتزئ بالتنفيذ على مال يفى بالدين ولا يزيد عليه كثيراً (انظر م ٣٢٨ – ٣٢٩ من المشروع) . وإذا كان الراهن كفيلا عينياً أى غير المدين ، فلا ينفذ الدائن من ماله إلا على العين المرهونة . وليس للكفيل العينى بغير اتفاق الدفع بالتجريد كما هو الأمر فى الرهن الرسمى . ويتمسك بما له من دفوع قبل الدائن ، وكذلك بما للمدين من دفوع حتى لو تنازل هذا عنها أو عارض فى التمسك بها ، كما هو الشأن فى الرهن الرسمى »[1] .

ونتكلم فى المسائل الآتية : (١) متى يرد الدائن المرتهن الشيء المرهون (حق الحبس فى مواجهة الراهن (. (٢) الالتزام بالرد قبل وفاء الدين . (٣) هلاك الشيء المرهون أو تلفه . (٤) نفقات رد الشيء المرهون . (٥) تنفيذ الدائن المرتهن بحقه (نص محذوف) . (٦) الراهن كفيل عينى (نص محذوف) .

٥٧٦ – متى يرد الدائن المرتهن الشيء المرهون – حق الحبس فى مواجهة الراهن : إذا دفع الراهن للدائن المرتهن الدين المضمون والمصروفات والتعويضات والملحقات من فوائد وغير ذلك ، أو برئت ذمته من كل

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٢٣ .

ذلك بسبب من أسباب انقضاء الديون ، فإنه يجب على الدائن المرتهن أن يرد الشيء المرهون وملحقاته إلى الراهن ، إذ يكون قد انقضى الرهن فوجب رد المرهون[1] . وتقول مذكرة المشروع التمهيدي فى هذا المعنى : « يبقى الحق فى حبس المرهون ما دام الدين وملحقاته من فوائد ومصروفات والتزم المرتهن برد المرهون »[2] .

فإذا بقى شيء من ذلك ، مهما قل لأن الرهن لا يتجزأ ، بقى الرهن قائماً حتى يوفى ما بقى . ويكون للدائن المرتهن فى هذه الحالة التنفيذ بما بقى من حقه ، وله على كل حال إبقاء الشيء المرهون فى يده محبوساً فى مواجهة الراهن حتى يستوفى كل حقه . وتقول مذكرة المشروع التمهيدى فى هذا المعنى : « فاذا بقى شيء من ذلك ، ولو قليلا ، بقى الحق فى الحبس »[3] .

ويستوفى الدائن المرتهن حقه بملحقاته جميعاً من غلة الشيء المرهون وهى فى يده ، أو مما يدفعه له الراهن والمدين فى الميعاد المحدد ، أو من الغلة

---

(١) استئناف مختلط ٢٩ مايو سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٢٣٧ – ٣٠ نوفبر سنة ١٨٩٩ م ١٢ ص ٣١ – هالتون ص ٢٦٤ .

وعلى « العدل » كذلك ، إذا كان هو الذى تسلم الشيء المرهون ، أن يرده إلى الراهن .

(٢) آنفاً فقرة ٥٧٥ .

وللراهن ، فى استرداد الشيء المرهون ، دعويان : (أ) دعوى شخصية يرفعها على الدائن المرتهن . (ب) ودعوى عينية هى دعوى الاستحقاق لأنه مالك (ديرانتون ٢٨ فقرة ٥٥١ – پون ٢ فقرة ١١٩٦ – بودرى وتسييه فى التقادم فقرة ٣١٥) . والفرق بين الدعويين أن الدائن المرتهن لا يقيم الدليل فى الدعوى الشخصية على ملكيته ، ويقيمه فى الدعوى العينية (بودرى ودى لوان فقرة ١٣٦) – وللمدين الحق فى رفع الدعوى الشخصية ، ولو كان الشيء الذى رهنه مملوكا للغير .

ويجب على الدائن أن يرد مع الشيء المرهون ما زاد فيه زيادة طبيعية (بودرى ودى لوان فقرة ١٤٠) . وليس للدائن الحق فى حبس الشيء المرهون ضماناً لدين آخر عقده المدين بعد عقد الرهن ؛ وإذا هلك الشيء المرهون أوضاع بتقصير الدائن وجب عليه أن يرد قيمته (محمد كامل مرسى فقرة ٣١٣ ص ٤٢١) .

(٣) آنفاً فقرة ٥٧٥ .

وما يدفعه الراهن والمدين جميعاً . والمهم هو أن يستوفى الدائن المرتهن حقه المضمون بالرهن ، بالطريقة التى يكون قد اتفق عليها مع الراهن ، أو بالطريقة التى يتفق عليها مع الراهن فيما بعد .

وإذا لم يستوف الدائن المرتهن حقه ، كان له حق التنفيذ به كما سنرى ، وكان له كذلك حق حبس الشىء المرهون عن الراهن . واستطاع أن يبقى حابساً للشىء المرهون دون أن ينفذ بحقه ، وبقى كذلك حابساً للشىء المرهون دائماً حتى يستوفى الحق .

وسنتكلم ، عند بحث آثار الرهن بالنسبة إلى الغير ، فى حق الحبس بالتفصيل .

٥٧٧ — الالتزام بالرد قبل وفاء الدين : وقد يلتزم الدائن المرتهن ، قبل أن يستوفى حقه ، بأن يرد الشىء المرهون .

من ذلك إذا أساء الدائن المرتهن استعمال الشىء المرهون ، فللراهن أن يطلب وضعه تحت الحراسة . ومن ذلك أيضاً إذا وجد خطر جدى يهدد الشىء المرهون ، فللراهن أن ينتزعه من يد الدائن المرتهن ، قبل أن يوفيه حقه ، إذا هو قدم لهذا الدائن تأميناً آخر[1] .

٥٨٧ — هلاك الشىء المرهون أو تلفه : وقد قدمنا أنه إذا هلك الشىء المرهون أو تلف ، يفرض أن ذلك قد وقع بتقصير من الدائن المرتهن الذى يحوز الشىء المرهون .

وعلى الدائن المرتهن أن يثبت أن الهلاك أو التلف لا يدله فيه ، وأنه وقع بسبب أجنبى .

---

(١) وتقول مذكرة المشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « ويلتزم الدائن المرتهن فى حالات خاصة برد الشىء المرهون قبل وفاء الدين ، كما إذا وجد خطر يهدد الشىء فللراهن أن يسترده إذا قدم تأميناً آخر ، وكما إذا أساء الدائن المرتهن استعمال الشىء المرهون فللراهن أن يطلب وضعه تحت الحراسة ... » (آنفا فقرة ٥٧٥) .

وسواء وقع بسبب أجنبي أو وقع بخطأ الدائن المرتهن ، فإن الدائن المرتهن لا يستطيع رد الشيء المرهون ، عند ما يجب رده ، هالكاً أو تالفاً .

فإذا استطاع الدائن المرتهن أن يثبت أن الشيء هلك أو تلف بسبب أجنبي ، لم يكن مسئولا عن ذلك ، وتحمل الهلاك أو التلف مالك الشيء ، والمالك هنا هو الراهن .

وإذا لم يستطع الدائن المرتهن أن يثبت ذلك ، افترض أن الهلاك أو التلف قد وقع بخطأه ، وعند ذلك يجب عليه دفع تعويض للراهن عن الهلاك والتلف .

٥٧٩ — نفقات رد الشيء المرهون : وكانت الفقرة الثالثة من المادة ١٥٤٤ من المشروع التمهيدى تنص على ما يأتى : « وعلى الراهن نفقات رد الشيء المرهون ، ما لم يقض الاتفاق بغير ذلك » . وقد حذفت لجنة المراجعة الفقرة اكتفاء بالقواعد العامة[1] ، وورد فى مذكرة المشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « ونفقات الرد على الراهن ، إلا إذا قضى الاتفاق بغير ذلك . وقد جعلت على الراهن مع أنه هو الدائن بالرد ، لا المدين به ، تغليباً للمبدأ الذى يجعل الراهن هو الذى يتحمل نفقات الرهن جميعاً »[2].

وعلى ذلك تكون نفقات رد الشيء المرهون على الراهن ، إلا إذا اتفق هذا مع الدائن المرتهن على شيء آخر ، كأن تكون نفقات الرد عليهما مناصفة ، أو أن تكون نفقات الرد على المدين إذا كان غير الراهن ورضى المدين بذلك .

٥٨٠ — تنفيذ الدائن المرتهن بحقه : وتقول مذكرة المشروع التمهيدى ، فى هذا الصدد ، ما يأتى : « فإذا لم يستوف الدائن المرتهن الدين عند حلوله ، كان له أن يحبس العين كما تقدم . وله كذلك أن ينفذ عليها

---

(١) انظر فقرة ٥٧٥ فى الهامش .

(٢) آنفاً فقرة ٥٧٥ .

بحقه باعتباره دائناً مرتهناً ، بل وعلى جميع أموال المدين غير المرهونة له باعتباره دائناً عادياً . ويراعى التنفيذ على المرهون قبل غير المرهون ، وأن يجتزئ بالتنفيذ على مال يفي بالدين ولا يزيد عليه كثيراً »[1] .

ونصت المادة ١٥٤٥ من المشروع التمهيدى على أنه « إذا حل الأجل ولم يستوف الدائن حقه ، جاز له أن ينفذ بهذا الحق ، لا على الشيء المرهون وحده ، بل عليه وعلى جميع أموال المدين الأخرى ، مع مراعاة أحكام المادتين ٣٢٨ و ٣٢٩ » . ولما عرضت هذه المادة على لجنة المراجعة ، حذفتها اللجنة اكتفاء بنص المادة ٣١٢ والمادتين ٤٦٣ و ٤٦٤ من المشروع[2] .

ويخلص من كل ذلك أن الدائن المرتهن ، عند ما يحل حقه ولا يستوفيه ، يكون له أمران يستعملهما معاً أو يستعمل أحدهما : (١) يحبس العين المرهونة حتى يستوفى حقه كله . (٢) ينفذ بحقه على العين المرهونة أولا ، ثم على جميع أموال المدين غير المرهونة باعتباره دائناً عادياً .

أما حق الحبس ، فهذا له لا ينازعه فيه أحد .

وأما حق التنفيذ ، فيبدأ بالتنفيذ على الشيء المرهون أولا باعتباره دائناً مرتهناً ، فإذا لم يكف نفذ على جميع أموال المدين الأخرى باعتباره دائناً عادياً . وعليه أن يستصدر الأحكام اللازمة لذلك ، لأنه كدائن مرتهن حيازة قد لا يكون مزوداً بورقة رسمية . ويراعى التنفيذ على المال المرهون قبل التنفيذ على المال غير المرهون ، وينفذ على مال يفي بالدين ولا يزيد عليه كثيراً .

٥٨١ — الراهن كفيل عيني : وتقول مذكرة المشروع التمهيدى ، فى هذا الصدد ، ما يأتى : « وإذا كان الراهن كفيلا عينياً أى غير المدين

---

(١) آنفاً فقرة ٧٥٥ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٢١ – ص ٢٢٢ فى الهامش .

ينفذ الدائن من ماله إلا على العين المرهونة . وليس للكفيل العينى ، بغير اتفاق ، الدفع بالتجريد ، كما هو الأمر فى الرهن الرسمى . ويتمسك بما له من دفوع قبل الدائن ، وكذلك بما للمدين من دفوع حتى لو تنازل هذا عنها أو عارض فى التمسك بها ، كما هو الشأن أيضاً فى الرهن الرسمى »[1] .

ونصت المادة ١٥٤٦ من المشروع التمهيدى على أنه « ١ – إذا كان الراهن غير ملتزم شخصياً بالدين ، فلا يجوز التنفيذ على ماله إلا ما رهن من هذا المال ، ولا يكون له حق الدفع بتجريد المدين ما لم يوجد اتفاق يغير ذلك . ٢ – ويجوز له ، فضلا عن التمسك بالدفوع الخاصة به قبل الدائن ، أن يتمسك بما للمدين من دفوع حتى لو عارض المدين فى التمسك بها أو تنازل عنها » . عرضت المادة على لجنة المراجعة ، حذفتها اللجنة اكتفاء بالقواعد العامة[2] .

ويخلص من ذلك أنه إذا كان المدين غير الراهن ، وكان الراهن كفيلا عينيا قدم مالا رهن حيازة فى الدين دون أن يكون مديناً ، فلا يجوز للدائن المرتهن ، إذا أراد التنفيذ بحقه على مال الكفيل العينى ، إلا أن ينفذ على المال المرهون دون غيره من الأموال الأخرى غير المرهونة للكفيل العينى . ولا يجوز للكفيل العينى ، حين التنفيذ على ماله المرهون ، أن يدفع بتجريد المدين ما لم يوجد اتفاق بينه وبين الراهن والدائن المرتهن على ذلك . فينفذ الدائن المرتهن على المال المرهون والموجود تحت يده ، فإذا استوفى حقه منه انقضى الرهن ، وإلا استمر الدائن كدائن عادى فى التنفيذ على مال المدين .

وللكفيل العينى أن يتمسك بما له خاصة من الدفوع قبل الدائن ، الذى تعاقد معه على الرهن الحيازى . وله أن يتمسك كذلك بما للمدين من دفوع حتى لو نزل عنها المدين أو عارض فى التمسك بها .

---

(١) آنفاً فقرة ٥٧٥ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٢٢ فى الهامش .

المطلب الخامس

بطلان شرط التملك عند عدم الوفاء وشرط البيع دون إجراءات

٥٨٢ — نص قانوني : نصت المادة ١١٠٨ مدنى على ما يأتى :

« يسرى على رهن الحيازة أحكام المادة ١٠٥٠ المتعلقة بمسئولية الراهن غير المدين ، وأحكام المادة ١٠٥٢ المتعلقة بشرط التملك عند عدم الوفاء وشروط البيع دون إجراءات »[1] .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٠٤٧ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « يسرى على رهن الحيازة أحكام المادة ١٤٦١ المتعلقة بشرط التملك عند عدم الوفاء وشرط البيع دون إجراءات فى حالة الرهن الرسمى » . وأضافت لجنة المراجعة نصاً يحيل إلى المادة . . . المتعلقة بمسئولية الراهن غير المدين ، ووافقت على النص بعد هذا التعديل تحت رقم ١٢١٢ فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على النص تحت رقم ١١٩٧ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١١٠٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٢٥ — ص ٢٢٦) .

التقنين المدنى السابق م ٥٤٣ / ٦٦٥ : ولا يجوز اشتراط كون الشىء المرهون يصير مملوكا للدائن عند عدم الوفاء له ، إنما الدائن فقط الحق فى طلب بيع المرهون بالكيفية لسائر الدائنين .

التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ١٠٦١ : لا يجوز الاتفاق على أن يبقى العقار المرهون ، فى حالة عدم وفاء الدين ، ملكا للدائن .

التقنين المدنى الليبى م ١١١٢ ، يسرى على رهن الحيازة أحكام المادة ١٠٥٤ المتعلقة بمسئولية الراهن غير المدين ، وأحكام المادة ١٠٥٦ المتعلقة بشرط التملك عند عدم الوفاء وشرط البيع دون إجراءات .

التقنين المدنى العراقى م ١٣٤١ : ١ — للمرتهن حيازة ما للمرتهن تأمينا من حق فى التنفيذ على المرهون ثم على سائر أموال المدين ، وتتبع فى ذلك أحكام المادة ١٢٩٩ . ٢ — والرهن الحيازى كالرهن التأمينى فى اقتصار التنفيذ على المرهون إذا كان الراهن غير المدين ، وفى بطلان كل اتفاق يملك المرتهن المرهون عند عدم استيفائه الدين ، وفى جواز نزول المرتهن للغير عن =

وقد ورد فى مذكرة المشروع التمهيدى ما يأتى :

« ليس للدائن المرتهن حيازياً أن يتملك المال المرهون بمجرد عدم الوفاء بالدين عند حلول أجله ، ولا أن يبيع ذلك المال دون مراعاة للإجراءات المقررة » .

« شرط التملك عند عدم الوفاء وكذلك شرط البيع دون إجراءات – يغلب وقوعها فى الرهن الحيازى – حكمهما فيه هو حكمهما فى الرهن الرسمى وقد تقدم ذكر ذلك »[1] .

ويرى من نص المادة ١١٠٨ أنها تحيل ، للتطبيق على رهن الحيازة ، ما يأتى :

١ – المادة ١٠٥٠ مدنى ، وتنص على ما يأتى : « إذا كان الراهن شخصاً غير المدين ، فلا يجوز التنفيذ على ماله إلا ما رهن من هذا المال . ولا يكون له حق الدفع بتجريد المدين ، ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك » . وقد سبق أن قررنا أن مثل هذا النص حذفته لجنة المراجعة ، وشرحناه بالرغم من حذفه على أساس أنه ينطبق على رهن الحيازة »[2] . والسبب فى إعادة ذكره هنا أن لجنة المراجعة رجعت إلى إضافته فى المادة ١١٠٨ كما نرى باعتبار أنه ينطبق على رهن الحيازة[3] ، فلا حاجة إلى إعادة ذلك منعاً للتكرار .

= الدين الذى له مع الرهن الذى يوثق هذا الدين ، وتتبع كل ذلك أحكام المواد ١٣٠٠ و١٣٠١ و١٣٠٢ .

تقنين الملكية العقارية اللبنانى م ١٠٧ : لا يجوز الاتفاق على أن يبقى العقار المرهون ، فى حالة عدم وفاء الدين ، ملكا للدائن .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٢٦ .

(٢) آنفا فقرة ٥٨٠ .

(٣) نفس الفقرة فى الهامش فى تاريخ النص .

٢ ــ المادة ١٠٥٢ مدنى ، وتنص على ما يأتى : « ١ ــ يقع باطلا كل اتفاق يكمل للدائن الحق ، عند عدم استيفاء الدين وقت حلول أجله ، فى أن يتملك العقار المرهون فى نظير ثمن معلوم أياً كان ، أو فى أن يبيعه دون مراعاة للإجراءات التى فرضها القانون ، ولو كان هذا الاتفاق قد أبرم بعد الرهن . ٢ ــ ولكن يجوز ، بعد حلول الدين أو قسط منه ، الاتفاق على أن ينزل المدين لدائنه عن العقار المرهون وفاء لدينه » . وهذا النص سبق أن شرحناه فى الرهن الرسمى ، وهو ينطبق أيضاً على الرهن الحيازى ، فنكتفى هنا بتقرير المسائل الأساسية فيه .

٥٨٣ ــ بطلان شرط تملك المال المرهون عند عدم الوفاء : إذا اتفق الدائن المرتهن حيازة مع الراهن حيازة ، مديناً كان الراهن أو كفيلا عينياً ، على أنه عند حلول أجل الدين وعدم الوفاء به يكون للدائن المرتهن الحق فى أن يتملك المال المرهون بثمن هو الدين المستحق وهذا هو الغالب ، أو بأى ثمن آخر أكبر أو أقل من الدين المستحق ، فإن هذا الاتفاق يكون باطلا لمخالفته للنظام العام . ذلك أن موقف الراهن يكون عادة ضعيفاً ، ويستطيع الدائن المرتهن أن يفرض عليه هذا الشرط . وكثيراً ما يعتقد الراهن أن الدين سيوفى عند حلول أجله ، ونظراً لضعف مركزه يقبل الشرط . وقد أراد المشرع حماية الراهن من هذا الاستغلال المخالف للنظام العام ، فنص على أن هذا الاتفاق يكون باطلا أياً كان الثمن الذى اتفق عليه .

ويغلب أن يوضع هذا الشرط الباطل فى عقد رهن الحيازة نفسه ، ولكن لا شىء يمنع من أن يكون الاتفاق بعد رهن الحيازة فيبرم فى اتفاق لاحق .

وبطلان الاتفاق لا يمس عقد رهن الحيازة ، فيبطل الاتفاق لمخالفته للنظام العام ولكن عقد رهن الحيازة يبقى صحيحاً . على أنه إذا أثبت الدائن المرتهن أن هذا الاتفاق كان هو الدافع لإبرام عقد رهن الحيازة ، فإن عقد رهن الحيازة يبطل ببطلان الاتفاق .

٥٨٤ — متى يصح هذا الاتفاق : ولكن هذا الاتفاق يصح إذا أبرم بعد حلول الدين أو بعد حلول قسط منه ، فإن مظنة ضعف الراهن تكون قد انتفت بحلول الدين كله أو بعضه .

فيجوز إذن ، بعد حلول الدين كله أو بعضه ، للراهن ، مديناً كان أو كفيلا عينياً ، أن يتفق مع الدائن المرتهن على أن ينزل له عن المال المرهون فى نظير الدين ، ويكون هذا وفاء بمقابل . بل يجوز للراهن أن يتفق مع الدائن المرتهن فى هذه الحالة على أن يبيع له المال المرهون بثمن أيا كان ، أكبر أو مساو أو أقل من الدين المستحق . فإن الراهن لا يكون فى مثل هذه الظروف تحت ضغط الحاجة ، فقد استحق الدين ويستطيع أن يمتنع عن الاتفاق مع الدائن المرتهن إن شاء ويطلب بيع المال المرهون طبقاً للإجراءات التى قررها القانون .

٥٨٥ — بطلان شرط بيع المال المرهون دون إجراءات : ويسمى عادة شرط الطريق الممهد (clause de voie parée) ، وصورته أن يتفق الدائن المرتهن مع الراهن ، مديناً كان أو كفيلا عينياً ، على أنه عند حلول أجل الدين وعدم الوفاء به يجوز بيع المال المرهون بالممارسة أو بأيه طريقة كانت دون اتباع الإجراءات التى فرضها تقنين المرافعات فى البيوع الجبرية . ويخشى هنا أيضاً من استغلال الدائن المرتهن لضعف مركز الراهن ، فيفرض عليه هذا الشرط . وبذلك يحرم الراهن من الحماية التى كفلها له القانون فى فرض إجراءات معينة فى بيع المال المرهون بيعاً جبرياً ، وما تتضمنه هذه الإجراءات من أحكام تؤدى عادة إلى بيع المال المرهون بأكبر قيمة ممكنة .

فيكون إذن باطلا لمخالفته للنظام العام كل اتفاق بين الراهن والمرتهن على بيع المال المرهون عند حلول أجل الدين وعدم الوفاء به ، دون اتباع الإجراءات التى فرضها القانون فى البيوع الجبرية . وسواء عقد هذا الاتفاق

عند عقد رهن الحيازة أو عقد فى اتفاق لاحق ، فإنه يكون باطلا فى الحالتين .

ويقتصر أثر البطلان هنا على الشرط نفسه دون رهن الحيازة ، ما لم يكن الشرط هو الدافع إلى التعاقد فيبطل الشرط والرهن معاً .

٥٨٦ – متى يصح هذا الاتفاق أما إذا عقد الاتفاق بعد حلول الدين كله أو بعضه ، فإن الاتفاق يصح لانتفاء مظنة استغلال الراهن .

ولم تنص الفقرة الثانية من المادة ١٠٥٢ مدنى صراحة على جواز الاتفاق إذا عقد بعد حلول الدين كله أو بعضه كما نصت على جواز الاتفاق على تملك المال المرهون عند عدم الوفاء ، ولكن يمكن قياس الحالة الأولى على الحالة الثانية والقول بصحة الاتفاق فى الحالتين .

الفرع الثانى

آثار الرهن الحيازى بالنسبة إلى الغير

٥٨٧ – المقصود بالغير هنا : يقصد بالغير هنا ما قصد به فى حالة الرهن الرسمى : كل شخص له حق يضار من وجود رهن الحيازة . فيشمل : (١) كل شخص له حق عينى تبعى على المال المرهون ، دائن له حق رهن رسمى ، أو حق اختصاص ، أو حق رهن حيازة ، أو حق امتياز . (٢) الدائن العادى . (٣) كل شخص له حق عينى أصلى على المال المرهون ، كما إذا انتقلت ملكية المال المرهون إلى مالك آخر فإن هذا المالك الآخر يعتبر غيراً .

٥٨٨ – قيد رهن الحيازة : والرهن الحيازى ، إذا وقع على عقار ، يجب قيده حتى يكون سارياً فى حق الغير[1].

---

(١) وإذا وقع على منقول ، فقد نصت المادة ١١١٧ مدنى على أنه « يشترط لنفاذ رهن –

والقيد هنا كالقيد فى الرهن الرسمى ، وقد سبق أن بينا ذلك بالتفصيل[1]، فلا نعود إليه هنا .

ويلاحظ أن من بين البيانات القانونية الواجب ذكرها فى قائمة القيد بياناً خاصاً برهن الحيازة ، هو بيان خاص بالتكليف وبالإيجار إلى الراهن إذا نص عليه فى عقد الرهن[2] .

٥٨٩ — ما يضمنه الرهن الحيازى — نص قانونى : وقد نصت المادة ١١١١ مدنى على ما يأتى :

« لا يقتصر الرهن الحيازى على ضمان أصل الحق ، وإنما يضمن أيضاً وفى نفس المرتبة ما يأتى :

(أ) المصروفات الضرورية التى أنفقت للمحافظة على الشىء .

(ب) التعريضات عن الأضرار الناشئة عن عيوب الشىء .

(حـ) مصروفات العقد الذى أنشأ الدين ومصروفات عقد الرهن الحيازى وقيده عند الاقتضاء .

(د) المصروفات التى اقتضاها تنفيذ الرهن الحيازى .

(هـ) جميع الفوائد المستحقة مع مراعاة ما جاء فى المادة ٢٣٠ »[3].

= المنقول فى حق الغير ، إلى جانب انتقال الحيازة ، أن يدون العقد فى ورقة ثابتة التاريخ يبين فيها المبلغ المضمون بالرهن والعين المرهونة بياناً كافياً . وهذا التاريخ الثابت يحدد مرتبة الدائن المرتهن » . وتشترط الكتابة ، ولو كانت قيمة الدين المضمون لا تجاوز القيمة التى يجوز إثباتها بالبينة والقرائن .

وإذا وقع الرهن على دين ، فقد نصت المادة ١١٢٣ مدنى على أنه « لا يكون رهن الدين نافذاً فى حق المدين إلا بإعلان هذا الرهن إليه بقبوله له وفقاً للمادة ٣٠٥ (أى ورقة ثابتة التاريخ) ، ولا يكون نافذاً فى حق الغير إلا بحيازة لسند الدين المرهون ، وتحسب للرهن مرتبته من التاريخ الثابت للإعلان أو القبول » .

(١) آنفاً فقرة ١٨٩ — فقرة ٢٣٥ .

(٢) آنفاً فقرة ١٩٦ .

(٣) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٥٥١ من المشروع التمهيدى . وعدلته لجنة =

فالرهن الحيازى يضمن بطبيعة الحال أصل الدين المضمون بالرهن .

ثم هو يضمن ، وفى نفس مرتبة أصل الدين ، ما يأتى :

١ – المصروفات الضرورية التى أنفقت للمحافظة على الشىء . والدائن المرتهن الذى أنفقها أن يرجع بها على الراهن ، بناء على قاعدة الإثراء بلا سبب .

٢ – التعويضات عن الأضرار الناشئة عن عيوب الشىء . وهذه مصدرها العيوب الموجودة فى الشىء المرهون ، أى العمل غير المشروع .

٣ – مصروفات العقد الذى أنشأ الدين ومصروفات عقد الرهن الحيازى وقيده عند الاقتضاء . فهذه كلها ، إذا كان الدائن المرتهن قد دفعها ، فإنه يرجع بها على المدين الراهن ، أو على المدين والراهن .

٤ – المصروفات التى اقتضاها تنفيذ الرهن الحيازى . وهذه يرجع بها الدائن المرتهن على الراهن .

= المراجعة تعديلا لفظياً طفيفا فصار مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، ووافقت اللجنة عليه بعد هذا التعديل تحت رقم ١٢١٥ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٢٠٠ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١١١١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٣٣ – ص ٢٣٧) .

التقنين المدنى السابق : لا مقابل .

التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى : لا شىء .

التقنين المدنى الليبى م ١١١٥ : لا يقتصر الرهن الحيازى على ضمان أصل الحق ، وإنما يضمن أيضاً وفى نفس المرتبة ما يأتى : (ا) المصروفات الضرورية التى أنفقت للمحافظة على الشىء (ب) التعويضات عن الأضرار الناشئة عن عيوب الشىء . (حـ) مصروفات العقد الذى أنشأ الدين ومصروفات عقد الرهن الحيازى وقيده عند الاقتضاء . (د) المصروفات التى اقتضاها تنفيذ الرهن الحيازى . (هـ) جميع الفوائد المستحقة مع مراعاة ما جاء فى المادة ٢٣٣ .

التقنين المدنى العراقى : لا شىء .

تقنين الملكية العقارية اللبنانى : لا شىء .

٥ – جميع الفوائد المستحقة مع مراعاة ما جاء فى المادة ٢٣٠ . والفوائد تلحق بالدين ، ويرجع بها الدائن المرتهن على المدين الراهن ، كما يرجع بالدين نفسه .

أما ما جاء فى المادة ٢٣٠ ، فالمادة ٢٣٠ تنص على ما يأتى :

« عند توزيع ثمن الشيء الذى بيع جبراً ، لا يكون الدائنون المقبولون فى التوزيع مستحقين بعد رسو المزاد لفوائد تأخير عن الأنصبة التى تقررت لهم فى هذا التوزيع إلا إذا كان الراسى عليه المزاد ملزماً بدفع فوائد الثمن ، أو كانت خزانة المحكمة ملزمة بهذه الفوائد بسبب إيداع الثمن فيها ، على ألا يتجاوز ما يتقاضاه الدائنون من فوائد فى هذه الحالة ما هو مستحق منها قبل الراسى عليه المزاد أو خزانة . وهذه الفوائد تقسم بين الدائنين جميعاً قسمة غرماء »[1] .

٥٩٠ – نفاذ الرهن فى حق الغير – وجوب تسليم المرهون للدائن –

نص قانونى : وقد نصت المادة ١١٠٩ مدنى على ما يأتى :

« ١ – يجب لنفاذ الرهن فى حق الغير أن يكون الشيء المرهون فى يد الدائن أو الأجنبى الذى ارتضاه المتعاقدان » .

---

(١) وجاء فى مذكرة المشروع التمهيدى ما يأتى : « ويضمن الرهن فى نفس المرتبة الدين الأصلى والنفقات الضرورية التى صرفها الدائن فى المحافظة على الشيء ، وله حق الرجوع بها لابناء على عقد الرهن بل بناء على الإثراء بلا سبب ولكنها مع ذلك تضمن بالرهن لملاقتها الظاهرة به . ويضمن الرهن كذلك التعويض عن الأضرار الناشئة عن عيب فى المرهون ، وهذه مصدرها العمل غير المشروع ولكنها تضمن بالرهن للعلاقة الظاهرة ، ومصروفات العقد الذى أنشأ الدين ، ومصروفات عقد الرهن وقيده ، والمصروفات التى اقتضاها تنفيذ الرهن الحيازى ، والفوائد .... وذلك لأن المرتهن حيازة من حقه أن يستوفى الفوائد كلها من غلة العين وجميع فوائد التأخير إلى يوم رسو المزاد . أما بعد رسو المزاد ، فلا يستحق الدائن فوائد تأخير إلا إذا كان الراسى عليه المزاد ملزماً بدفع فوائد الثمن أو كانت خزينة المحكمة ملزمة بهذه الفوائد على النحو الذى جاء فى المادة ٣٠٨ من المشروع » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٣٥ – ص ٢٣٦) .

« ٢ – ويجوز أن يكون الشيء المرهون ضامناً لعدة ديون »[1] .

وقد جاء في مذكرة المشروع التمهيدي :

٢ – ويكون التسليم عادة للدائن المرتهن . ولكن قد يبقى الشيء في الحيازة المشتركة لكل من الراهن والمرتهن ، أو يسلم لأجنبي يكون نائباً في الحيازة ويسمى عدلا . ويستطيع العدل أن ينوب عن مرتهنين متعددين لنفس

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٥٤٨ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : « ١ – يجب لنفاذ الرهن في حق الغير أن يكون الدائن حائزاً الشيء المرهون ، على أنه يجوز تسليم الشيء لأجنبي يختاره المتعاقدان ، كما يجوز جعله في حيازتهما المشتركة . ٢ – ويجوز أن يكون الشيء المرهون ضامنا لعدة ديون ، إذا قبل من تسليم الشيء أن يضع يده عليه نائبا في ذلك عن الدائنين المرتهنين حتى لو كان واضع اليد هو أحد هؤلاء الدائنين » . وفي لجنة المراجعة عدل النص تعديلا لفظيا فصار كما يأتي : « ١ – يجب لنفاذ الرهن في حق الغير أن يكون الشيء المرهون في يد الدائن أو العدل . ٢ – ويجوز أن يكون الشيء المرهون ضامنا لعدة ديون ، إذا قبل من تسلمه أن يكون وضع يده عليه لحساب أربابها ولو كان واضع اليد هو أحد هؤلاء » . ووافقت اللجنة على النص بعد التعديل ، تحت رقم ١٢١٣ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، تحت رقم ١١٩٨ . وفي لجنة مجلس الشيوخ ، رأت اللجنة استبدال عبارة « أو الأجنبي الذي ارتضاه المتعاقدان » بكلمة « العدل » الواردة في الفقرة الأولى ، وأن تحذف من الفقرة الثانية عبارة « إذا قبل من تسلمه أن يكون وضع يده عليه لحساب أربابها ولو كان واضع اليد هو أحد هؤلاء » لأن هذه العبارة تتناول تفصيلات تغني القواعد العامة عن الخصوص فيها ، ووافقت اللجنة على النص بعد هذا التعديل تحت رقم ١١٠٩ . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٢٧ – ص ٢٣٠) .

التقنين المدني السابق م ٥٤١ / ٦٦٣ : يبطل الرهن إذا رجع المرهون إلى حيازة راهنه .

التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري : لا شيء .

التقنين المدني الليبي م ١١١٣ : ١ – يجب لنفاذ الرهن في حق الغير أن يكون الشيء المرهون في يد الدائن أو الأجنبي الذي ارتضاه المتعاقدان . ٢ – ويجوز أن يكون الشيء المرهون ضامنا لعدة ديون .

التقنين المدني العراقي : لاشيء .

تقنين الملكية العقارية اللبناني : لاشيء .

الشيء ، بل يستطيع أحد الدائنين المرتهنين أن يحوز الشيء أصلا عن نفسه بصفته مرتهناً ، ونائباً عن غيره بصفته عدلا . فوجود الشيء المرهون في حيازة العدل ، يمكن الراهن إذن من أن يرهن الشيء رهن حيازة أكثر من مرة »[1] .

ويرى من النص سالف الذكر أنه حتى ينفذ الرهن في حق الغير ، يجب تسليم الشيء المرهون إلى الدائن المرتهن . ويجوز أيضاً تسليمه إلى أجنبي (عدل) يحوزه ، ويجب أن يرتضى المتعاقدان (الراهن والمرتهن) هذا الأجنبي ، وأن يقبل الأجنبي هذه المهمة .

ويجوز ، على هذا الوجه ، أن يكون الشيء الواحد ضامناً لعدة ديون . ويصح أن تكون هذه الديون المتعددة في مرتبة واحدة ، كما يصح أن تكون في مراتب مختلفة ، كل دين له مرتبة بالنسبة إلى الديون الأخرى .

وإذا كان الشيء المرهون ضامناً لعدة ديون ، فإنه يصح أن يتم ذلك على أحد وجهين :

(الوجه الأول) يسلم الشيء المرهون إلى « عدل » واحد ، ينوب عن جميع الدائنين المرتهنين في حيازته للشيء المرهون .

(الوجه الثاني) يسلم الشيء إلى أحد الدائنين المرتهنين ، يحوزه باعتباره أصيلا عن نفسه وباعتباره « عدلا » بالنسبة إلى سائر الدائنين المرتهنين .

ويلاحظ أن الدائن المرتهن حيازة له : (١) حق التقدم وحق التتبع بحسب مرتبته . (٢) حق حبس الشيء المرهون حتى بالنسبة إلى الغير إلى أن يستوفى كل حقه ، وذلك إلى جانب حقه في التنفيذ بالدين الذي له .

ونحن ، في معالجتنا لآثار الرهن بالنسبة إلى الغير ، نتكلم في كل من هاتين المسألتين : (١) حق التقدم وحق التتبع . (٢) حق الحبس .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٢٨ .

المبحث الأول

حق التقدم وحق التتبع

المطلب الأول

حق التقدم

٥٩١ – نص محذوف : ورد نص فى المشروع التمهيدى ، هو نص المادة ١٥٥٠ من هذا المشروع ، يتكلم فى حق التقدم على الوجه الآتى : « الرهن الحيازى يخول الدائن المرتهن أن يتقاضى حقه من ثمن الشىء المرهون قبل أى دائن ، سواء كان دائناً عادياً أو دائناً متأخراً فى الترتيب »[1] . ولما عرض هذا النص على لجنة المراجعة ، حذفته اللجنة اكتفاء بنص المادة ١٥٣٠ من المشروع[2].

والمادة ١٥٣٠ من المشروع تنص على ما يأتى : « الرهن الحيازى عقد بمقتضاه يلتزم الشخص ، ضماناً لدين عليه أو على غيره ، أن يسلم إلى الدائن ، أو إلى شخص آخر يعينه المتعاقدان ، شيئاً يرتب عليه حقاً عينياً يخول الدائن أن يحبس هذا الشىء حتى استيفاء الدين ، وأن يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التالين له فى المرتبة فى اقتضاء حقه من ثمن الشىء المرهون ، ولو انتقل هذا الشىء إلى شخص آخر » .

---

(١) ويقابل هذا النص نص المادة ٥٤٠ فقرة / ٦٦٢ فقرة أولى من التقنين المدنى السابق التى تنص على ما يأتى : « الرهن عقد به يضع المدين شيئا فى حيازة دائنه أو فى حيازة من اتفق عليه العاقدان تأميناً للدين ، وهذا العقد يعطى للدائن حق حبس الشىء المرهون لحين الوفاء بالتمام ، وحق استيفاء دينه من ثمن المرهون مقدما بالامتياز على من عداه » .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٣١ فى الهامش .

ويفهم من ذلك أن الدائن المرتهن فى رهن الحيازة يتقدم على جميع الدائنين العاديين ، وعلى جميع الدائنين التالين له فى المرتبة ، ويتأخر عن الدائنين المتقدمين عليه فى المرتبة[1] .

ويتقاضى حقه على هذا الوجه ، إذا حل الحق ، فى أى وقت أراد .

وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الشروط الواردة بعقد رهن بضائع أو سندات رهن حيازة ، والتى ترخص فى بيع الشيء المرهون فى أى وقت ، هى مكنة موضوعة لمصلحة الدائن وحده ، فله أن ينزل عنها دون أن يوجه إليه أى لوم ممن قررت هذه الشروط ضده[2] . وقضت أيضاً بأن استيفاء الدائن المرتهن حيازة حقه من البضاعة المسلمة إليه لضمان الدين ، مكنة له ، ولا تتحول إلى الالتزام إلا إذا كان المدين أعذره ببيعها[3].

٥٩٢ — الحلول العينى : وإذا هلك الشيء المرهون بفعل الغير ، فإن الغير يكون مسئولا عن التعويض ، ويحل التعويض حلولا عينياً محل الشيء المرهون ، ويكون مرهوناً مثله .

وكذلك إذا كان الشيء المرهون مؤمناً عليه ضد الحريق مثلا واحترق ، كان مبلغ التأمين يحل حلولا عينياً محل الشيء المرهون ، ويصبح مرهوناً مثله .

---

(١) فلا يجوز للدائن المرتهن حيازة أن يحبس العقار ضد دائن مرتهن رسميا أو من يرسو عليه المزاد من ناحيته إذا كان الدائن المرتهن رسميا متقدما على الدائن المرتهن حيازة (استئناف مختلط ١٩ نوفبر سنة ١٩١٨ م ٣١ ص ٢٦) . وانظر استئناف مختلط ٢٥ يناير سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ١٠٦ — ١٩ نوفبر سنة ١٩٤٦ م ٥٩ ص ٢٩ .

(٢) استئناف مختلط ١٨ مارس سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٠١ .

(٣) استئناف مختلط ٤ أبريل سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢٢٧ — وقضت أيضاً بأن حرية الدائن المرتهن حيازة اختيار الوقت الذى يستوفى فيه حقه من الرهن تحمل استثناء لا شك فيه ، فى حالة ما يكون مرضوع الرهن قابلا للتلف أو الهلاك المادى أو لنقص قيمته نقصا محسوساً عقب ظروف خاصة (استئناف مختلط ٢٠ يونيه سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٣٤٠) .

وإذا بيع الشيء المرهون للمنفعة العامة ، فإن ثمنه يحل محله حلولا عينيا ويصبح مرهوناً . وهكذا[١] .

٥٩٣ — التزاحم ما بين الدائنين المرتهنين : إذا كان المرهون عقاراً ، وتزاحم عدة دائنين مرتهنين كسب كل منهم رهناً حيازياً على هذا العقار ، كانت الأسبقية للدائن المرتهن الذى سبق الدائنين المرتهنين الآخرين فى قيد حقه وحيازة العقار ، فيفضل على الدائن الذى كان سابقاً عليه فى القيد ولكن لم تنتقل إليه الحيازة . وإذا كان التزاحم بين دائن مرتهن حيازة وآخر له حق عينى على العقار غير رهن الحيازة (رهن رسمى أو حق اختصاص أو حق امتياز عقارى خاص) ، فالأسبقية تكون للدائن الأسبق فى القيد ، فإذا كان هو الدائن المرتهن حيازة وجب أيضاً أن تكون حيازة العقار قد انتقلت إليه .

وإذا كان المرهون منقولا ، فالأسبقية بين الدائنين المرتهنين حيازة تكون لمن انتقلت إليه حيازة المنقول وكان رهنه مدوناً فى ورقة ثابتة التاريخ . وفى حالة توافر الحيازة لشخص أجنبى (العدل) يحوز المنقول لصالح عدة دائنين مرتهنين ، فإن الأسبقية تثبت لأول دائن مرتهن حاز الشخص الأجنبى المنقول لصالحه بشرط أن يكون حقه مدوناً فى ورقة مكتوبة ثابتة التاريخ[٢] .

٥٩٤ — مرتبة الدائن المرتهن حيازة : تتحدد مرتبة الدائن المرتهن حيازة ، إذا كان الرهن وارداً على العقار ، بالقيد مع انتقال الحيازة . وإذا كان الرهن وارداً على منقول ، فإن مرتبة الدائن المرتهن حيازة تتحدد بإثبات الرهن فى ورقة مكتوبة ثابتة التاريخ مع انتقال الحيازة دائماً .

فإذا لم يكن هناك مع الدائن المرتهن حيازة إلا الدائنون العاديون . تقدم الدائن المرتهن عليهم جميعاً .

---

(١) انظر فى ذلك مختلط ٢ يونيه سنة ١٨٨٦ المجموعة الرسمية المختلطة ١١ ص ١٧٠ — بودرى ودى لوان فقرة ١٣٨ — جرانمولان فقرة ١٦٢ .

(٢) أنظر فى ذلك شمس الدين الوكيل فقرة ١٩٩ .

وإذا كان الرهن وارداً على عقار ، وتزاحم مع الدائن المرتهن حيازة دائن مرتهن حيازة آخر أو دائن مرتهن رهناً رسمياً أو صاحب حق اختصاص فإن المتقدم فى المرتبة هو الذى يفضل ، مع ملاحظة أن مرتبة الرهن الحيازى تتحدد بالقيد مع انتقال الحيازة . وإذا كان الرهن وارداً على منقول، فضل الدائن المرتهن حيازة على غيره من الدائنين المرتهنين حيازة إذا كانت مرتبته قبل مرتبتهم[1] .

المطلب الثانى

حق التتبع

٥٩٥ — متى يستعمل حق التتبع : يستعمل الدائن المرتهن حق التتبع ، إذا انتقلت ملكية العين المرهونة إلى شخص آخر .

فعند التنفيذ ، يستعمل الدائن المرتهن حق التتبع للعين المرهونة وهى فى يد من انتقلت إليه ملكيتها ، ويسمى هذا بحق التتبع ، ثم على العين المرهونة وهى فى يد مالكها ، مستعملا فى ذلك حقه فى التقدم على الدائنين العاديين وعلى الدائنين التالين له فى المرتبة .

٥٩٦ — تتبع الدائن المرتهن حيازة مع أن الحيازة فى يده : ويلاحظ أن الدائن المرتهن حيازة يتتبع العين ، مع أن حيازتها فى يده . ذلك لأن التتبع هنا ليس تتبعاً مادياً للحيازة ، وإلا لما احتاج الدائن المرتهن تتبع العين فحيازتها فى يده ، وإنما هو تتبع معنوى للملكية .

---

(١) انظر منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٣ ص ٢٥٤ .

وجاء فى مذكرة المشروع التمهيدى ، خاصا بحق التقدم ما يأتى :

« وللدائن المرتهن حيازة أن يتقدم على غيره من الدائنين التالين له فى المرتبة عند استيفاء حقه من ثمن المرهون . وتتحدد مرتبته فى العقار بتاريخ القيد ، وفى المنقول بالتاريخ الثابت للرهن » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٣٥) .

ونأتى بمثل تطبيقى على ذلك : العين المرهونة فى حيازة الدائن المرتهن ، ثم باعها مالكها إلى مشتر مع بقاء العين فى حيازة الدائن المرتهن . هنا ، وبغير حق التتبع ، لا يستطيع الدائن المرتهن أن ينفذ على العين مع أنها فى حيازته . ذلك لأن ملكيتها قد انتقلت إلى المشترى ، فلا يستطيع الدائن المرتهن أن يبيعها فى مواجهة المشترى ، ما لم يكن له حق تتبع العين وهى فى يد المشترى بعد أن انتقلت ملكيتها إلى هذا المشترى .

وتقول مذكرة المشروع التمهيدى فى هذا الخصوص : « ويلاحظ أن المرتهن حيازة يتتبع العين فى يد الغير مع أن حيازتها فى يده ، ذلك لأن التتبع ليس تتبعاً مادياً للحيازة » بل هو تتبع معنوى للملكية ، يستطيع الدائن بمقتضاه أن ينفذ على العين بعد أن تنتقل ملكيتها من الراهن »[1] .

٥٩٧ — المالك الجديد لا يطهر العقار ولا يخليه : وقد رأينا فى الرهن الرسمى أن الحائز ، وهو الذى يقابل المالك الجديد هنا ، له ، إذا لم يدفع الدين ولم يرد أن يتحمل شخصياً إجراءات نزع الملكية ، أن يطلب تطهير العقار أو بتخلى عنه .

أما هنا ، فالمالك الجديد لا يملك إلا أن يدفع الدين فيحل محل الدائن فى رهن الحيازة[2] ، أو يتحمل شخصياً إجراءات التنفيذ . وليس له أن يطهر العقار ، أو أن يتخلى عنه .

وتقول مذكرة المشروع التمهيدى ، فى هذا الخصوص ، ما يأتى :

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٣٣٦ .

(٢) وقد كان المشروع التمهيدى يتضمن المادة ١٥٥٢ من هذا المشروع ، وكانت تجرى على الوجه الآتى : « ويكون الدائن المرتهن الحق فى التنفيذ على الشىء المرهون ، حتى لو انتقلت ملكية هذا الشىء إلى أجنبى ، غير أنه يجوز للأجنبى أن يوفى الدائن حقه ، فيحل فيه محله قبل المدين » . ولما عرضت المادة على لجنة المراجعة ، حذفتها اللجنة اكتفاء بالمادتين ١٠٣٠ و١٠٦١ من المشروع (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٣٤ فى الهامش) .

« وللدائن المرتهن أخيراً أن ينفذ على العين المرهونة ، فى يد من انتقلت إليه ملكيتها . ويجوز لهذا المالك ، وهو الذى يقابل الحائز للعقار فى الرهن الرسمى ، أن يدفع الدين ، فيحل محل الدائن فى رهن الحيازة . فإن لم يفعل ، وجب أن يتحمل إجراءات التنفيذ . وليس له أن يخلى العقار ، أو أن يطهره »[1].

٥٩٨ – قد يتطهر العقار من الرهن الحيازى تبعاً لتطهيره من الرهن الرسمى: ويلاحظ أن العقار قد يتطهر من الرهن الحيازى ، إذا كان مثقلا أيضاً برهن رسمى . فإذا انتقلت ملكية هذا العقار إلى حائز ، وأراد الحائز تطهير العقار لأنه مثقل برهن رسمى ، وجه العرض إلى أصحاب الحقوق المقيدة على العقار .

وإذا لاقى العرض قبولا ، ودفع الحائز ما قدره قيمة للعقار ، أو أودعه خزانة المحكمة ، تطهر العقار من كل الحقوق المقيدة ، بما فيها حق الدائن المرتهن رهناً رسمياً وحق الدائن المرتهن حيازة »[2] .

المبحث الثانى

حق الحبس

٥٩٩ – نص قانونى : تنص المادة ١١١٠ مدنى على ما يأتى :

« ١ – يخول الرهن الدائن المرتهن الحق فى حبس الشىء المرهون عن الناس كافة دون إخلال بما للغير من حقوق تم حفظها وفقاً للقانون » .

« ٢ – وإذا خرج الشىء من يد الدائن دون إرادته أو دون علمه ، كان له الحق فى استرداد حيازته من الغير وفقاً لأحكام الحيازة »[3] .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٣٦ .

(٢) شمس الدين الوكيل فقرة ٢٠٠ ص ٥٤٩ .

(٣) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٥٤٩ من المشروع التمهيدى . وفى لجنة –

وقد جاء فى مذكرة المشروع التمهيدى ما يأتى :

« ١ — والرهن ، إذا ترتب على الشيء وأصبح نافذاً فى حق الغير ، يعطى الدائن المرتهن سلطة على الشيء ، هى أن يحبسه فى مواجهة الراهن والغير ، وأن ينفذ عليه بالبيع فيستوفى حقه من الثمن متقدماً على من يتلوه من الدائنين ومتتبعاً العين فى يد من انتقلت إليه ملكيتها » .

« ٢ — فللدائن المرتهن أن يحبس الشيء فى مواجهة الراهن ، وقد سبق

= المراجعة استبدلت اللجنة عبارة « وفقا لأحكام الحيازة » بعبارة « فى أى وقت أراد » فى آخر الفقرة الثانية ، وصار النص مطابقا لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، ووافقت اللجنة على النص بعد هذا التعديل ، تحت رقم ١٢١٤ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١٩٩ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١١١٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٣٠ — ص ٢٣٢) .

التقنين المدنى السابق م ٥٤٠ فقرة أولى / ٦٦٢ فقرة أولى : الرهن عقد به يضع المدين شيئا فى حيازة دائنه أو حيازة من اتفق عليه العاقدان تأميناً للدين ، وهذا العقد يعطى للدائن حق حبس الشيء المرهون لحين الوفاء بالتمام ، استيفاء دينه من ثمن المرهون مقدما بامتياز على من عداه .

التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ١٠٣١ : إن رهن المنقول يخول الدائن حق حبس المرهون إلى أن يوفى الدين ، كما يخوله حق الامتياز فى استيفاء دينه من قيمة المرهون . وانظر أيضاً المادة ١٠٥٥ .

التقنين الليبى م ١١١٤ : ١ — يخول الرهن الدائن المرتهن الحق فى حبس الشيء المرهون عن الناس كافة ، دون إخلال بما للغير من حقوق تم حفظها وفقا للقانون . ٢ — وإذا خرج الشيء من يد الدائن دون إرادته أو دون علمه ، كان له الحق فى استرداد حيازته من الغير وفقاً لأحكام الحيازة .

التقنين المدنى العراقى م ١٣٤٢ : للمرتهن حبس المرهون ، دون إخلال بما للغير من حقوق تم كسبها وفقا للقانون . وإذا خرج المرهون من يده دون إرادته أو دون علمه ، كان له استرداد حيازته من الغير وفقا لأحكام الحيازة .

تقنين الملكية العقارية اللبنانى : انظر م ١٠١ .

ذكر ذلك . وله أن يحبسه فى مواجهة الغير ، كمشتر لعقار مرهون سجل البيع بعد قيد الرهن ، أو مشتر لمنقول مرهون وتاريخ الرهن الثابت أسبق من تاريخ البيع . ويحبسه كذلك فى مواجهة الغير ، من الدائنين المتأخرين عنه فى المرتبة . فإذا رهن الراهن الشيء مرة ثانية ، رهن حيازة أو رهناً رسمياً فى العقار ، فإن للمرتهن الأول أن يحبس العين عن المرتهن الثانى . ولكن إذا نفذ الثانى على العين وباعها فى المزاد ، فقد كان مقتضى حق المرتهن الأول أن يحبس العين عن الراسى عليه المزاد . وهذا هو الحكم فى التقنين الجانى (السابق) ، فعدل المشروع من هذا الحكم الذى يشل من حقوق الدائنين . وقرر أن رهن الحيازة ينقضى إذا بيعت العين المرهونة بالمزاد العلنى بيعاً جبرياً (م ١٥٥٤ من المشروع) ، وبانقضاء الرهن ينقضى الحبس . ويلتزم المرتهن الأول أن يسلم العين للراسى عليه المزاد ، على أن يستوفى حقه من الثمن قبل المرتهن الثانى طبعاً . أما إذا كان الذى باع العين فى المزاد هو المرتهن الأول ، فبديهى أن المرتهن الثانى إذا كان رهنه حيازياً لا يستطيع الاحتجاج بحق الحبس ، ويجب أن يسلم العين للراسى عليه المزاد ، ثم هو يستوفى حقه من الثمن بعد المرتهن الأول . وكما أن للدائن المرتهن إذا لم يستوف الدين أن يسترد الشيء من الراهن إذا هو عاد إليه ، فإنه يستطيع كذلك أن يسترده من الغير إذا خرج الشيء من يده غصباً دون إرادته ، أو خلسة بغير علمه ، دون إخلال بما يكون الغير قد كسب من حقوق عينية على الشيء إذا كانت هذه الحقوق نافذة فى حق المرتهن »[1].

ونتكلم ، فى الحق فى الحبس ، فى المسائل الآتية : (١) من له حق الحبس . (٢) المال الذى يحبس . (٣) الحبس والتنفيذ . (٤) ضد من يكون حق الحبس — الراهن والغير . (٥) التطهير لا يشمل الرهن الحيازى فى القانون المدنى . (٦) التطهير يشمل الرهن الحيازى فى قانون

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٣٤ — ص ٢٣٥ .

المرافعات الجديد . (٧) متى ينعدم التعارض بين القانون المدنى وقانون المرافعات . (٨) الحبس للدين المضمون بالرهن . (٩) الرهن الضمنى . (١٠) استرداد الشيء المرهون . (١١) حق الحبس والحق فى الحبس :

٦٠٠ — مدى حق الحبس : للدائن المرتهن حيازة حق حبس العين المرهونة عن الناس كافة من راهن وغير راهن ، حتى يستوفى كل حقه من مصروفات وتعويضات وفوائد وملحقات أخرى وأصل ، ويصبح خالصاً بكل ما يستحقه من ذلك[1] .

ويكون للدائن المرتهن حق الحبس ما دام الدين لم يؤد بتمامه[2] ، سواء كان هذا الدين قابلا للتجزئة أو لم يكن ، وسواء كان الشيء المرهون قابلا للانقسام أو غير قابل له . ذلك لأن الرهن يبقى حتى يوفى الدين كله ، لأن الرهن نفسه غير قابل للتجزئة ، فأى شيء يبقى من الدين يكون مضموناً بكل الرهن .

وقاعدة عدم تجزئة الرهن قائمة على ما قصده المتعاقدان ، فقد أرادا أن يبقى الرهن قائماً حتى يؤدى كل الدين . وهذا هو المفروض ، ولهما أن يتفقا صراحة على خلاف ذلك ، كأن يتفقا على أنه كلما سدد جزء معين من الدين ، الربع أو الثلث مثلا ، حرر من الشيء المرهون ما يقابل ما سدد من الدين وأعيد إلى الراهن ما حرر من الشيء المرهون . فعدم تجزئة الرهن من طبيعة الرهن ، لا من مستلزماته[3] .

ويلاحظ أن حق الحبس هنا أعطى للدائن المرتهن لأنه صاحب حق

---

(١) استئناف وطنى ١٩ ديسمبر سنة ١٩٠٥ الاستقلال ٥ ص ١٠٢ – أسيوط استئناف ٢٤ يناير سنة ١٩٢١ المجموعة الرسمية ٢٣ ص ٧٣ .

(٢) استئناف مختلط ٢٠ أبريل سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ٢٠٤ .

(٣) لوران فقرة ٥٠٣ – بون فقرة ١٢٠٢ – جيوار فقرة ١٤٧ – بودرى ودى لوان فقرة ١٠٢ .

عينى ، وهو حق رهن الحيازة . فحق الحبس متفرع عن حق عينى ، ومن ثم يكون هو نفسه حقاً عينياً ، أو هو من مستلزمات الحق العينى . وهذا بخلاف الحق فى الحبس العام ، لأن هذا هو دفع بعدم التنفيذ ، وليس بحق عينى .

٦٠١ — المال الذى يحبس : والمال الذى يحبس هو المال المرهون . وقد يكون هذا المال عقاراً أو منقولا ، ويكون المنقول مادياً أو غير مادى[(١)] .

فكل الشيء المرهون ، من أصل وملحقات كعقار بالتخصيص وحقوق ارتفاق وتوابع وغير ذلك ، يحبس حتى يؤدى الدين المطلوب .

وقد يكون للغير على الشيء المرهون حقوق تم حفظها وفقاً للقانون ، كحقوق ارتفاق سجلها المرتفق قبل أن يقيد الدائن المرتهن رهنه ، أو حق رهن أو اختصاص قيده صاحب الحق قبل أن يقيد الدائن المرتهن رهنه ، فهذه الحقوق التى تم حفظها وفقاً للقانون تبقى خارجة عن حق الحبس . وتقول فى ذلك الفقرة الأولى من المادة ١١١٠ مدنى : « يخول الرهن الدائن المرتهن الحق فى حبس الشيء المرهون عن الناس كافة ، دون إخلال بما للغير من حقوق تم حفظها وفقاً للقانون » :

٦٠٢ — الحبس والتنفيذ : والحبس يثبت للدائن المرتهن من وقت أن ينتقل الشيء المرهون إلى حيازته ، ويبقى حتى يؤدى له الدين بتمامه كما قدمنا ، ولو بقى بعد حلول الدين بمدة طويلة .

أما التنفيذ ، فلا يثبت للدائن المرتهن إلا عند حلول أجل الدين ، ويبقى إلى أن ينقضى الدين .

---

(١) استئناف وطنى ٥ أبريل سنة ١٩١٧ الحقوق ٣٣ ص ١٠٧ — طنطا استئنافى ٢٣ يونيه سنة ١٨٩٨ القضاء ٥ ص ٣١٨ .

فهناك وقت يكون فيه للدائن المرتهن الحق فى الحبس وفى التنفيذ ، وذلك من وقت حلول الدين :

فإذا ما حل الدين ، ولم يكن هناك ما يدعو الدائن المرتهن إلى التنفيذ ، بقى حابساً للعين وله حق التنفيذ ، يختار أيهما شاء . وقد يبقى حابساً للعين ، ويستوفى دينه من غلتها إلى أن ينقضى الدين . وعند ذلك ينقضى الرهن بانقضاء الدين ، وينتهى حق الحبس ، فيعيد الدائن المرتهن العين إلى صاحبها .

وقد يعجل الدائن ، عند حلول الدين ، بالتنفيذ ، فيستوفى دينه ، وينقضى الرهن ، فيعيد الدائن المرتهن العين إلى صاحبها .

وقد لا يعجل الدائن المرتهن بالتنفيذ عند حلول الدين ، ويبقى حابساً للعين ، دون أن يستوفى من الدين شيئاً لأن غلة العين المرهونة لا تفى بأكثر من الفوائد . وهكذا يبقى الدائن المرتهن لا يستوفى من أصل الدين شيئاً ، ولكنه يبقى حابساً للعين .

٦٠٣ — ضد من يكون من الحبس — الراهن : ويستطيع الدائن المرتهن أن يستعمل حق الحبس ضد الراهن نفسه الذى تعاقد معه على الرهن ، سواء كان الراهن هو المدين نفسه أو كان غير المدين أى كفيلا عينياً ، ما دام الدائن المرتهن لم يستوف حقه كله ، وحتى لو ادعى الراهن أن الشىء المرهون مملوكاً لغيره[1] .

وإذا كان الشىء المرهون مملوكاً حقيقة لغير الراهن ، فإن الدائن المرتهن يستطيع أن يستعمل حقه فى الحبس ضد المالك الحقيقى ، فلا يرد إليه الشىء المرهون حتى يستوفى حقه ، ما دام أنه كان يعتقد وقت أن ارتهن أنه تعاقد مع المالك الحقيقى للشىء المرهون[2] .

٦٠٤ — الغير : ويستطيع الدائن المرتهن أن يستعمل حق الحبس

---

(١) جيوار فقرة ٤٤ — دى هلتس فقرة ٧٥ — محمد كامل مرسى فقرة ٢١٩ .

(٢) محمد كامل مرسى فقرة ٣٢٠ .

ضد الغير أيضاً ، فحق الحبس يستعمل ضد الراهن وضد الغير .

وأمثلة الغير الذى يستعمل الدائن المرتهن حق الحبس ضده المشترى للعقار المرهون الذى سجل البيع بعد قيد الرهن ، والمشترى للمنقول المرهون إذا كان تاريخ الرهن الثابت أسبق من تاريخ البيع ، والدائن العادى ، والدائن المتأخر فى المرتبة عن الدائن المرتهن فإذا رهن الراهن العقار مرة ثانية رهناً رسمياً فإن للمرتهن الأول حيازة أن يحبس العقار عن المرتهن الثانى رسمياً »[1] .

٦٠٥ — **التطهير لا يشمل الرهن الحيازى فى القانون المدنى** : والرأى الغالب أن حق الدائن المرتهن حيازة فى الحبس لا يجوز الاحتجاج به على الدائن قبل قيده ، ولا على من يرسو عليه المزاد بناء على طلب أحدهم[2].

وكانت المادة ١٥٥٤ من المشروع التمهيدى (م ١١١٣ من القانون المدنى الجديد) تنص على أن الرهن الحيازى ينقضى « إذا بيعت العين المرهونة بالمزاد العلنى بيعاً جبرياً » . وجاء فى مذكرة المشروع التمهيدى عن المادة ١٥٤٩ (التى أصبحت المادة ١١١٠ من القانون المدنى الجديد) أن للدائن المرتهن أن يحبس الشىء « فى مواجهة الغير من الدائنين المتأخرين عنه فى المرتبة . فإذا رهن الراهن الشىء مرة ثانية رهن حيازة أو رهناً رسمياً فى العقار ، فإن للمرتهن الأول أن يحبس العين من المرتهن الثانى . ولكن إذا نفذ الثانى على العين وباعها فى المزاد ، فقد كان مقتضى حق المرتهن الأول أن يحبس العين عن الراسى عليه المزاد . وهذا هو الحكم فى التقنين الحالى (السابق) ، فعدل القانون الجديد من هذا الحكم الذى يشل من حقوق الدائنين ، وقرر أن رهن الحيازة ينقضى إذا بيعت العين المرهونة بالمزاد العلنى بيعاً جبرياً (م ١٥٥٤) »[3] .

---

(١) محمد كامل مرسى فقرة ٣٢١ ص ٤٢٦ .

(٢) كولان وكابيتان ٢ فقرة ١٠٤٧ — بودى وحى لوان فقرة ٢٤٠٩ .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٥٥٩ .

ولكن لجنة المراجعة حذفت النص القائل « إذا بيعت العين المرهونة بالمزاد العلنى بيعاً جبرياً » ، استبقاء لحكم القانون السابق فيما يقضى به من أن البيع الجبرى لا يطهر العين من الرهن الحيازى ، فالتطهير إذن لا يشمل رهن الحيازة فى التقنين المدنى الجديد[1] .

٦٠٦ — التطهير يشمل الرهن الحيازى فى قانون المرافعات الجديد : غير أن قانون المرافعات الجديد نص فى المادة ٦٩٠ منه على أنه « يترتب على تسجيل حكم مرسى المزاد أو التأشير به وفقاً لحكم المادة ٦٨٨ تطهير العقار المبيع من حقوق الامتياز والاختصاص والرهون الرسمية والحيازة التى أعلن أصحابها بإيداع قائمة شروط البيع وأخبروا بتاريخ جلسته طبقاً للمادتين ٦٣٢ و ٦٥٧ فلا يبقى إلا حقهم فى الثمن » . ومن هذا النص يتبين أن قانون المرافعات الجديد أوجب أن يكون التطهير شاملا للرهون الحيازية

وقد لفت نظر لجنة قانون المرافعات بمجلس الشيوخ أن قانون المرافعات الجديد يتعارض مع القانون المدنى الجديد ، ورأت الأخذ بقانون المرافعات الجديد ، وأن البيع الجبرى يطهر العقار من الرهن الحيازى ، وأن نصوص قانون المرافعات تعدل نصوص القانون المدنى . وبررت اللجنة رأيها بأنه « لا محل للتفرقة بين الرهن الحيازى وغيره من الرهون ، ولا معنى لأن يضفى المشرع على الرهن الحيازى ميزة خاصة تجعله أولى بالرعاية حتى من البائع الذى لم يقبض ثمن العقار » . وقالت فى تبرير النص الوارد فى قانون المرافعات بأنه يقوم على « الرغبة فى تصفية الموقف بالنسبة الى الدائنين جميعاً ، وتخليص العقار من كل قيد أو عبء ، ورد حقوق الدائنين للثمن بعد أن يباع العقار جبراً ويصل بالإجراءات التى وضعت له إلى أقصى ثمن مستطاع . ولا وجه لأن يقطع السبيل على الراسى عليه المزاد فى الحصول على العقار

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٣٩ — ص ٢٤٢ .

واستغلاله بعد أن أدى الثمن الذى وصل إليه البيع وحتى بعد زيادة العشر ، وذلك لا لسبب إلا لأن هناك مرتهناً لم يقبض كل دينه ، والطبيعى أن الثمن يعتبر ممثلا للعقار . وفى الأخذ بالقاعدة المستفادة من القانون المدنى تدعيم للرهن الحيازى دون مبرر وتمييز له دون ميزة ، وإذا كان الرهن الحيازى وسيلة لاستيفاء الدين ، فالبيع بالمزاد وسيلة لاستيفائه كذلك » .

٦٠٧ — متى ينعدم التعارض بين القانون المدنى وقانون المرافعات : والتعارض بين القانون المدنى وقانون المرافعات لا يقع فى الحالة التى يكون فيها الدائن الحاجز صاحب رهن رسمى أو اختصاص أو امتياز سابق فى المرتبة على الرهن الحيازى .

فوفقاً لأحكام القانون المدنى ، لا يحتج بحق الحبس المترتب على الرهن الحيازى فى مواجهة أصحاب هذه الحقوق السابقة على الرهن الحيازى . ولما كان المشترى بالمزاد يعتبر خلفاً للدائن المنفذ ، والدائن المنفذ أسبق من الدائن المرتهن حيازة ، فلا يسرى حق الحبس على مشترى العقار بالمزاد بناء على طلب هذا الدائن المنفذ[1] .

٦٠٨ — الحبس للدين المضمون بالرهن : وحق الحبس الثابت للدائن المرتهن لا يكون إلا بضمان الدين المضمون بالرهن .

ولا يكون بالنسبة إلى الديون الأخرى التى قد يكون المدين الراهن ملزماً بها للدائن المرتهن ، قبل الرهن أو بعده .

فيجب على الدائن المرتهن رد الشىء المرهون للمدين الراهن ، إذا استوفى الدائن المرتهن كل حقه المضمون بالرهن كاملا ، ولو كانت له ديون أخرى على المدين الراهن .

---

(١) انظر محمد كامل مرسى فقرة ٣٢١ ص ٤٣٠ — رمزى سيف فقرة ٤٤٩ .

٦٠٩ — الرهن الضمنى : وفى الفقرة الثانية من المادة ٢٠٨٢ مدنى فرنسى ، إذا وجد على نفس المدين لنفس الدائن دين آخر ، اتفق عليه بعد الرهن وصار مستحقاً قبل الدين المضمون بالرهن ، فلا يتخلى الدائن عن الرهن قبل أن يدفع له الدينان الأول والثانى بأكملهما . حتى لو لم يحصل اتفاق بتخصيص الرهن لأداء الدين الثانى

وهذه هى حالة الرهن الضمنى (gage tacite) ، ويشترط فيها : (١) أن يكون الدين الثانى متفقاً عليه بين نفس المدين ونفس الدائن . (٢) وأن يكون هذا الاتفاق قد عقد بعد الرهن . (٣) وأن يحل الدين الثانى قبل حلول الدين الأول .

وربط الدين الثانى بالرهن مبنى على الإرادة الضمنية للمتعاقدين ؛

وهناك قولان فى القانون المدنى الفرنسى :

١ — للدائن ، فى الدين الثانى ، ماله فى الدين الأول ، حق الحبس وحق الامتياز[1] .

٢ — ليس للدائن فى الدين الثانى حق الامتياز ، ولكن له حق الحبس ؛[2] .

ويرى بعض الفقهاء الفرنسيين أنه كان الأولى بالشارع الفرنسى عدم النص على هذا الرهن الضمنى[3] .

ولم يأت القانون المصرى بهذا الرهن الضمنى ، فلا يعمل به فى هذا القانون[4] .

---

(١) بون فقرة ١١٩٩ — بيدان فقرة ٢٠٩ .

(٢) ديرانتون ١٨ فقرة ٥٩٧ — ترولون فقرة ٥٦٧ — ترولون فقرة ٤٦٥ — لوران فقرة ٥٠٨ — جيوار فقرة ١٥٧ — بودرى ودى لوان فقرة ١١٠ — أوبرى ورو ٣ فقرة ٥٣٤ هامش ٤ — بلانيول وريبير وبيكيه فقرة ١١٣ .

(٣) بلانيول وريبير وبيكيه فقرة ١١٢ .

(٤) عبد السلام ذهنى فقرة ٤٩ — محمد كامل مرسى فقرة ٣٢٢ ص ٤٣٢ — جرانمولان فقرة ١٥٠ .

٦١٠ — استرداد الشيء المرهون : وإذا عاد الشيء المرهون إلى الراهن ، بغير رضاء الدائن المرتهن ، ولم يستوف الدائن المرتهن حقه كاملا . كان له أن يستعيد الشيء المرهون من الراهن .

وله أيضاً أن يسترده من الغير ، إذا خرج الشيء من يده غصباً دون إرادته أو خلسة دون علمه . وإنما يجب على الدائن المرتهن أن يحترم ما قد يكون الغير قد كسب بحسن نية على الشيء من حقوق عينية كحق ارتفاق أو حق رهن ، إذا كانت هذه الحقوق نافذة فى حق الدائن المرتهن . وفى ذلك تقول الفقرة الثانية من المادة ١١١٠ : « وإذا خرج الشيء من يد الدائن دون إرادته أو دون علمه ، كان له الحق فى استرداد حيازته من الغير وفقاً لأحكام الحيازة » .

٦١١ — حق الحبس والحق فى الحبس : ويجب عدم الخلط بين حق الحبس والحق فى الحبس .

فحق الحبس هو ما شرحناه فيما مر ، وهو حق عينى ، أو هو إحدى مزايا الحق العينى وهذا الحق العينى هو رهن الحيازة . ويثبت للدائن المرتهن ما بقى له حق رهن الحيازة ، حتى يستوفى المبالغ التى يضمنها الرهن بأكملها .

أما الحق فى الحبس ، فهو الذى يثبت للدائن بموجب المادة ٢٤٦ مدنى ، وهو حق شخصى لا حق عينى ، يثبت للدائن إذا توافرت فيه الشروط التى يستلزمها القانون . وقد سبق أن شرحنا مفصلا الحق فى الحبس ، فلا نعود إلى ذلك منعاً للتكرار .

— وقد نصت المادة ١٠٤٢ / ٢ من التقنين السورى على ما يأتى : « وإذا وجد لنفس الدائن على نفس المدين دين آخر عقد بعد إنشاء الرهن وأصبح مستحق الأداء قبل إيفاء الدين الأول ، حق للدائن أن يحبس المرهون إلى أن يستوفى مبلغ الدينين تماماً » .

الفصل الثالث

انقضاء الرهن الحيازى

٦١٢ – الانقضاء بصفة تبعية والانقضاء بصفة أصلية : ينقضى الرهن الحيازى إما بصفة تبعية ، أو بصفة أصلية ، وهو فى ذلك كالرهن الرسمى .

فينقضى بصفة تبعية ، إذا انقضى الدين المضمون بالرهن ، فينقضى الرهن تبعاً لانقضاء الدين . فالرهن تابع للدين ، يزول بزواله ، ويبقى ببقائه .

وينقضى الرهن بصفة أصلية ، إذا زال وحده دون أن ينقضى الدين . فمتى زال الرهن الحيازى دون أن يزول الدين ، فزوال الرهن الحيازى يكون بصفة أصلية ، غير تابعة لزوال شىء آخر . وهناك حالات محدودة يزول فيها رهن الحيازة بصفة أصلية ، أى يزول وحده دون أن ينقضى تبعاً لانقضاء الدين ، لأن الدين يبقى كدين عادى مع زوال حق الرهن .

فنعقد لانقضاء الرهن الحيازى مبحثين :

المبحث الأول : انقضاء الرهن الحيازى بصفة تبعية .

المبحث الثانى : انقضاء الرهن الحيازى بصفة أصلية .

المبحث الأول

انقضاء الرهن الحيازى بصفة تبعية

٦١٣ – انقضاء الدين وزواله : الدين المضمون بالرهن الحيازى

قد يزول لأنه لم يوجد صحيحاً ، وقد ينقضي لأنه بعد أن وجد صحيحاً انقضى بسبب من أسباب انقضاء الدين .

٦١٤ — **أسباب زوال الدين :** ومن أسباب زوال الدين أنه يوجد فى عقد باطل ، فيبطل العقد ، ويبطل معه الدين ، ويبطل معهما الرهن الحيازى بصفة تبعية أى تبعاً لزوال الدين .

ومن أسباب زوال الدين أيضاً أنه يوجد فى عقد قابل للإبطال ، فيختار من له مصلحة فى إبطال العقد إبطانه . فيبطل العقد ، ويبطل معه الدين ، ويبطل معهما الرهن الحيازى .

ومن أسباب زوال الدين كذلك أن ينشأ فى عقد معلق على شرط فاسخ ، فيتحقق الشرط ، ويزول العقد بأثر رجعى ، فيزول الدين بأثر رجعى ، ويزول بزوال الدين الرهن بأثر رجعى كذلك .

٦١٥ — **أسباب انقضاء الدين :** وقد يوجد الدين صحيحاً ، ويبقى . ولكنه ينقضى بسبب من أسباب انقضاء الدين . وبانقضاء الدين ينقضى الرهن بصفة تبعية ، تبعاً لانقضاء الدين .

٦١٦ — **تعداد لأسباب انقضاء الدين :** والدين ينقضى بأحد الأسباب الآتية :

١ — الوفاء : وانقضاء الدين المضمون برهن الحيازة عن طريق الوفاء تتبع فيه القواعد العامة المقررة فى وفاء الديون . والوفاء مع الحلول يجعل الموفى يحل محل الدائن فى رهن الحيازة الذى له ، وقد يتعذر الوفاء للدائن مباشرة فى فروض معينة فليس على المدين إلا أن يودع الدين دون حاجة إلى عرض حقيقى فتبرأ ذمته[1] .

---

(١) انظر فى الوفاء فى الرهن الرسمى آنفاً فقرة ٣٤١ — فقرة ٣٤٤ .

٢ – الوفاء بمقابل : وإذا استحق المقابل فى يد الدائن ، فإن الدائن يرجع على المدين بضمان الاستحقاق . والوفاء بمقابل يقضى الدين الأصلى بالتجديد ، ثم يقضى الدين الجديد ، الذى حل محل الدين الأصلى ، بالوفاء[1] .

٣ – التجديد : والتجديد عمل مركب ، فهو قضاء دين قديم ، وإنشاء دين جديد يحل محله[2] .

٤ – المقاصة : والمقاصة أداة وفاء ، وأداة ضمان[3] .

٥ – اتحاد الذمة : وقد يزول السبب الذى أدى إلى اتحاد الذمة بأثر رجعى فيعتبر اتحاد الذمة كأن لم يكن ويعود الدين إلى الظهور ، وقد يزول السبب بأثر غير رجعى فلا يضار الغير بعودة الدين إلى الظهور[4].

٦ – الإبراء من الدين : والإبراء تصرف تبرعى من جانب واحد ، هو الدائن المبرئ ، وينقضى به الدين[5] .

٧ – استحالة التنفيذ : ويجب أن تكون الاستحالة راجعة إلى سبب أجنبى لا يد للمدين فيه ، فإن كانت الاستحالة راجعة إلى خطأ المدين لم ينقض الدين[6] .

٨ – التقادم المسقط : ويلاحظ هنا أن الدين الأصلى لا يسقط بالتقادم مادامت العين المرهونة حيازيا تحت يد الدائن بصفة رهن حيازة ، لأن وجود رهن الحيازة يقطع المدة إذ أنه اعتراف مستمر من جانب المدين بوجود الدين[7] .

---

(١) انظر فى الوفاء بمقابل فى الرهن الرسمى آنفاً فقرة ٣٤٥ – فقرة ٣٤٨ .

(٢) انظر فى التجديد فى الرهن الرسمى آنفاً فقرة ٣٤٩ – فقرة ٣٥١ .

(٣) انظر فى المقاصة فى الرهن الرسمى آنفاً فقرة ٣٥٢ – فقرة ٣٥٣ .

(٤) انظر فى اتحاد الذمة فى الرهن الرسمى آنفاً فقرة ٣٥٤ – ٣٥٦ .

(٥) انظر فى الإبراء فى الرهن الرسمى آنفاً فقرة ٣٥٧ – فقرة ٣٦٠ .

(٦) انظر فى استحالة التنفيذ فى الرهن الرسمى آنفاً فقرة ٣٦١ – فقرة ٣٦٢ .

(٧) لوران فقرة ٤٩٧ وفقرة ٥٥٥ – جيوار فقرة ١٤٤ وفقرة ٢٢٣ – بودرى =

وقد جاء فى المادة ٣٨٤ مدنى : « ١ – ينقطع التقادم إذا أقر المدين بحق الدائن إقراراً صريحاً أو ضمنياً . ٢ – ويعتبر إقراراً ضمنياً أن يترك المدين تحت يد الدائن مالا له مرهوناً رهناً حيازياً تأميناً لوفاء الدين » . وجاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى عن هذا النص : « يراعى أن ترتيب رهن الحيازة ينفرد بأن أثره لا يقتصر على قطع التقادم ، بل يجاوز ذلك إلى استدامة هذا الأثر ما بقى الشىء المرهون فى يد المرتهن . فبمجرد ترك الدائن الشىء المرهون فى يد المرتهن ، وترخيصه لهذا الدائن فى اقتضاء حقه من إيراده ، يعتبر إقراراً ضمنياً دائماً أو متجدداً »[1].

٦١٧ – عودة الرهن الحيازى بزوال السبب الذى انقضى به الدين – نص قانونى : نصت المادة ١١١٢ مدنى على ما يأتى :

« ينقضى حق الرهن الحيازى بانقضاء الدين المضمون ، ويعود معه إذا زال السبب الذى انقضى به الدين ، دون إخلال بالحقوق التى يكون الغير حسن النية قد كسبها قانوناً فى الفترة ما بين انقضاء الحق وعودته »[2] .

= ودى لوان فقرة ١٠٢ وفقرة ١٨٧ – أوبرى ورو ٣ فقرة ٤٣٤ وهامش ١٥ – وفقرة ٤٣٨ وهامش ١ – بلانيول وريبير وبيكيه فقرة ١١٢ – استئناف وطنى ٥ أبريل سنة ١٩١٧ الحقوق ٣٣ ص ١٠٧ – ٦ يناير سنة ١٩٢٠ المجموعة الرسمية ٢١ رقم ٦٥ ص ١٠٦ (يقف سريان الخمس السنوات المقررة لسقوط الحق فى المطالبة بالغلة التى استولى عليها الدائن المرتهن من العين المرهونة ما دام الرهن قائما) – ١٦ فبراير سنة ١٩٢٢ المحاماة ٢ رقم ١١١٧ ص ٣٧٤ (ما دام الطاعن قد رهن للدائن عينا رهن حيازة فلا يسقط الدين بالنسبة إليه ما بقى المرهون فى حيازة الدائن) .

(١) انظر فى ذلك محمد كامل مرسى فقرة ٣٤٢ ص ٤٦٠ – ص ٤٦١ – وانظر فى التقادم المسقط فى الرهن الرسمى آنفاً فقرة ٣٦٢ – فقرة ٣٦٣ – فقرة ٣٦٦ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٥٠٣ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة ، تحت رقم ١٢١٦ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٢٠١ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١١١٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٣٨ – ص ٢٣٩) . =

وقد جاء فى مذكرة المشروع التمهيدى : فى خصوص هذا النص ، ما يأتى :

« ينقضى رهن الحيازة بطريقة تبعية بانقضاء الدين المضمون ، على النحو المبين فى الرهن الرسمى »[1] .

ويتبين من هذا النص أن حق الرهن الحيازى ينقضى ، كما فى الرهن الرسمى ، بانقضاء الدين المضمون بالرهن . وقد حددنا فيما تقدم أسباب انقضاء الدين ، وكل منها إذا توافر ينقضى به الدين المضمون بالرهن الحيازى ، فينقضى هذا الرهن تبعاً لانقضاء الدين . ذلك لأن رهن الحيازة تابع لالتزام أصلى ، فإذا انقضى هذا الالتزام الأصلى انقضى الرهن الحيازى معه ، لأن التابع يزول مع الأصل .

وإذا زال السبب الذى انقضى به الدين ، فعاد الدين كما كان ، عاد ومعه الرهن الحيازى الذى كان قد زال ، والذى يرجع لضمان الدين مرة ثانية . فإذا كان السبب الذى انقضى به الدين هو الوفاء ، ثم تبين أن الوفاء باطل ، فإن الدين وهو مضمون برهن حيازى يعود ، ويعود معه الرهن الحيازى .

— التقنين المدنى السابق : لا مقابل .

التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ١٠٧٠/١ يزول الرهن بتسديد الدين عند استحقاقه . . . المضمون ويعود معه إذا زال السبب الذى انقضى به الدين ، دون إخلال بالحقوق التى يكون الغير حسن النية قد كسبها قانونا فى الفترة ما بين انقضاء الحق وعودته .

التقنين المدنى العراقى م ١٣٤٦ : ينقضى حق الرهن الحيازى بانقضاء الدين الموثوق ، ويعود معه إذا زال السبب الذى انقضى به الدين ، دون إخلال بالحقوق التى يكون الغير حسن النية قد كسبها قانونا فى الفترة ما بين انقضاء الدين وعودته .

تقنين الملكية العقارية اللبنانى م ١١٦ : يزول الرهن بتسديد الدين عند استحقاقه . . .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٣٩ .

وذلك « دون إخلال بالحقوق التى يكون الغير حسن النية قد كسبها قانوناً فى الفترة ما بين انقضاء الحق وعودته » . فإذا فرضنا أن الدين انقضى بالوفاء وزال بانقضائه الرهن الحيازى ، فرتب المدين على محل الرهن الحيازى رهناً رسمياً لشخص حسن النية اعتقد أن الرهن الحيازى قد انقضى بانقضاء الدين بالوفاء ، ثم تبين أن الوفاء باطل فعاد الدين كما كان ، فإن الرهن الرسمى الذى كسبه الغير حسن النية يبقى سابقاً للرهن الحيازى عندما يعود هذا الرهن .

المبحث الثانى

انقضاء الرهن الحيازى بصفة أصلية

٦١٨ — **أسباب الانقضاء :** المفروض هنا أن الرهن الحيازى ينقضى بصفة أصلية ، أى ينقضى وحده دون أن ينقضى الدين المضمون بالرهن الحيازى .

وقد نص القانون على أسباب ثلاثة ، ينقضى بها الرهن الحيازى بصفة أصلية . يضاف إلى هذه الأسباب الثلاثة سببان آخران : البيع الجبرى بموجب قانون المرافعات الجديد ، وفسخ الرهن الحيازى بموجب المادتين ١١٠١ و ١١٠٦ مدنى .

٦١٩ — **أسباب ثلاثة — نص قانونى :** وقد نصت المادة ١١١٣ مدنى على ما يأتى :

« ينقضى أيضاً حق الرهن الحيازى بأحد الأسباب الآتية :

(١) إذا نزل الدائن المرتهن عن هذا الحق ، وكان ذا أهلية فى إبراء المدين من الدين . ويجوز أن يستفاد التنازل ضمناً من تخلى الدائن

باختياره عن الشيء المرهون ، أو من موافقته على التصرف فيه دون تحفظ على أنه إذا كان الرهن مثقلا بحق تقرر لمصلحة الغير ، فإن تنازل الدائن لا ينفذ فى حق هذا الغير إلا إذا أقره .

(ب) إذا اجتمع حق رهن الحيازة مع حق الملكية فى يد شخص واحد .

(حـ) إذا هلك الشيء أو انقضى الحق المرهون »[1] .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٥٥٤ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ينقضى أيضاً حق الرهن الحيازى بأحد الأسباب الآتية : (أ) إذا بيعت العين المرهونة بالمزاد العلنى بيعاً جبريا . (ب) .... » . وحذفت لجنة المراجعة البند (أ) استبقاء لحكم القانون الحالى (السابق) فيما يقضى به من أن البيع الجبرى لا يطهر العين من الرهن الحيازى ، ووافقت على النص تحت رقم ١٢١٧ من المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على النص تحت رقم ١٢٠٢ ، بعد أن حذف من البند (ب) العبارة الآتية « على أنه إذا كان الرهن مثقلا بحق تقرر لمصلحة أجنبى ، فإن انقضاء الرهن باتحاد الذمة لا ينفذ فى حق هذا الأجنبى . ولا يعتبر الرهن منقضيا إذا كانت للمالك مصلحة قانونية فى استبقائه ، وكذلك إذا زال سبب اتحاد الذمة لزواله أثر رجعى » . ووافق مجلس الشيوخ على النص ، تحت رقم ١١١٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٣٩ – ص ٢٤٢) .

التقنين المدنى السابق : لا مقابل .

التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ١٠٧٠/١ يزول الرهن : . . . أو بالاتفاق بين المدين والدائن أو بمجرد إرادة المرتهن .

التقنين المدنى الليبى م ١١١٧ : ينقضى أيضاً حق الرهن الحيازى بأحد الأسباب الآتية : (أ) إذا نزل الدائن المرتهن عن هذا الحق وكان ذا أهلية فى إبراء ذمة المدين من الدين . ويجوز أن يستفاد التنازل ضمنا من تخلى الدائن باختياره عن الشيء المرهون أو من موافقته على التصرف فيه دون تحفظ ، على أنه إذا كان الرهن مثقلا بحق تقرر لمصلحة الغير إلا إذا أقره . (ب) إذا اجتمع حق الرهن الحيازى مع حق الملكية فى يد شخص واحد . (حـ) إذا هلك الشيء أو انقضى الحق المضمون .

التقنين المدنى العراقى م ١٣٤٩ : ينقضى أيضاً الرهن الحيازى بأحد الأسباب الآتية : (أ) إذا بيع المرهون لإيفاء دين آخر وفقا للإجراءات المقررة قانونا . (ب) إذا اجتمع حق الرهن مع حق الملكية فى يد شخص واحد ، ويعود الرهن إذا زال سبب اتحاد الذمة بأثر رجعى (حـ) إذا تنازل المرتهن عن حق الرهن أو مستقلا عن الدين ، ويجوز أن يستفاد التنازل دلالة =

وقد ورد فى مذكرة المشروع التمهيدى ما يأتى :

« ينقضى الرهن الحيازى أيضاً بطريقة أصلية ، أى مستقلا عن الدين ، ببيع العين فى المزاد الجبرى . وهذا الحكم هام ، فقد تقدم أنه هو الذى يستند إليه الراسى عليه المزاد فى تسلم العين من المرتهن الأول ، إذا بيعت العين بناء على طلب دائن تال له فى المرتبة . وكذلك ينقضى الرهن بتنازل الدائن عنه إذا توافرت فيه الأهلية اللازمة ، ويستفاد التنازل ضمناً بالتخلى عن الشىء اختياراً أو الموافقة دون تحفظ على التصرف فيه ، ولكن إذا كان الرهن مثقلا بحق لأجنبى كما إذا كان المضمون بالرهن قد رهنه الدائن بدوره لدائن له فإن هذا الدائن الثانى يمتد حقه إلى الرهن ، ولا يترتب على تنازل الدائن الأول عن الرهن أن يضر ذلك بحق الدائن الثانى . وينقضى الرهن كذلك باتحاد الذمة بأن يجتمع الرهن وملكية العين المرهونة فى يد واحدة ، كما إذا اشترى الدائن المرتهن العين المرهونة . ولا يخل اتحاد الذمة بحق الأجنبى على الرهن ، كما إذا كان الدين المضمون بالرهن قد رهنه الدائن بدوره لدائن له كما تقدم فى المثل السابق ، فإن الدائن الأول إذا اشترى العين المرهونة واتحدت الذمة بذلك ، فإن اتحادها على هذا الوجه لا يضر بحق الدائن الثانى . كذلك لا يعد الرهن منقضياً باتحاد الذمة إذا كانت للمالك مصلحة قانونية فى استبقائه ، كما إذا اشترى الكفيل العينى الدين المضمون بالرهن ، وباع هذا الدين بعد ذلك مستبقياً الرهن لضمانه . وكذلك لا ينقضى الرهن إذا زال اتحاد الذمة وكان لزواله أثر رجعى ، كما إذا فسخ العقد الذى اشترى به المرتهن العين . ويزول الرهن

= من تخلى المرتهن باختياره عن حيازة المرهون أو موافقه على التصرف فيه دون تحفظ . (د) إذا هلك المرهون .

تقنين الملكية العقارية اللبنانى م ١١٦ : يزول الرهن ... أو بالاتفاق بين المديون والدائن المرتهن ، أو بمجرد إرادة المرتهن ....

أخيراً بصفة أصلية إذا هلك الشيء أو الحق المرهون . فإن كان الحق المرهون حق انتفاع مثلا ، وتنازل المنتفع عنه ، فلا يخل هذا التنازل بحقوق الدائن المرتهن »[1] .

فيوجد إذن أسباب خمسة لانقضاء الرهن الحيازى بصفة أصلية ، نبحثها على التعاقب ، وهى : (١) نزول الدائن المرتهن عن الرهن . (٢) اتحاد الذمة . (٣) هلاك الشيء أو انقضاء الحق المرهون . (٤) البيع الجبرى . (٥) فسخ الرهن الحيازى[2] .

§ ١ – نزول الدائن المرتهن عن الرهن الحيازى

٦٢٠ – نص قانونى : نصت المادة ١١١٣ (أ) مدنى على ما يأتى :

« ينقضى أيضاً حق الرهن الحيازى بأحد الأسباب الآتية : (أ) إذا نزل الدائن المرتهن عن هذا الحق ، وكان ذا أهلية فى إبراء ذمة المدين من الدين – ويجوز أن يستفاد التنازل ضمناً من تخلى الدائن باختياره عن الشيء المرهون ، أو من موافقته على التصرف فيه دون تحفظ . على أنه إذا كان الرهن مثقلا بحق تقرر لمصلحة الغير ، فإن تنازل الدائن لا ينفذ فى حق هذا الغير إلا إذا أقره . (ب) . . . . . . » .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٤١ – ص ٢٤٢ .

(٢) وعقد الرهن ، فى غير الحالات الخاصة ، لا يزول بإرادة واحدة بل باجتماع إرادتين . وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان الحكم قد حصل تحصيلا سائغا من المستندات أن اتفاقا قد تم بين الطاعن والمطعون عليه أن يضع هذا الأخير اليد على الأطيان التى رهنها له الطاعن رهنا تأمينياً وأن يحصل ريعها خصما من دينه ، وقرر أنه سواء أكان الغرض من هذا الاتفاق هو إنشاء عقد رهن حيازى لاحق للرهن التأمينى أم عقد وكالة لإدارة الأطيان واستيفاء الدين من غلتها ، فإنه على كلا الفرضين لا سبيل للطاعن فى أن ينهى بإنذار منه العلاقة القائمة فيما بينهما ، لأن عقد الرهن لا يفسخ بإرادة واحدة ، وكذلك عقد الوكالة إذا كان لمصلحة الدائن ، فإن الطعن على الحكم بالخطأ فى التكييف يكون على غير أساس (نقض مدنى ٢٢ فبراير سنة ١٩٥١ مجموعة الخمسة والعشرين عاما ١ ص ٣٩٤ رقم ١٥) .

فالرهن ينقضى مستقلا عن الدين ، أى ينقضى بصفة أصلية ، إذا نزل الدائن المرتهن عنه ، وهو صاحب حق الرهن الحيازى[1].

٦٢١ — الأهلية اللازمة لنزول الدائن المرتهن عن رهن الحيازة : ولما كان الرهن الحيازى هو الضامن للدين ، فقد جعله المشرع بمثابة الدين نفسه ، فالنزول عن الرهن الحيازى يكون بمثابة النزول عن الدين نفسه .

لذلك اشترط القانون ، فى أهلية النزول عن الرهن الحيازى ، أهلية إبراء ذمة المدين من الدين .

وهذه الأهلية هى أهلية التبرع ، فيجب أن يكون الدائن المرتهن بالغاً سن الرشد غير محجور عليه ولو لسفه أو غفلة . فإن كان صغيراً أو محجوراً عليه ، فلا يملك النزول عن رهن الحيازة تبرعاً . ولا يملك أحد غيره ذلك ، قيماً كان أو وصياً أو ولياً ، ولو بإذن المحكمة .

وينص القانون ، كما رأينا ، على أن ينقضى رهن الحيازة « إذا نزل الدائن المرتهن عن هذا الحق ، وكان ذا أهلية فى إبراء ذمة المدين من الدين » .

٦٢٢ — النزول الصريح والنزول الضمنى : والنزول عن رهن الحيازة إما أن يكون نزولا صريحاً ، أو نزولا ضمنياً . ولا يشترط فيه شكل خاص ، فأى نزول صريح أو ضمنى يكفى .

والنزول ، الصريح أو الضمنى ، عن رهن الحيازة يقضى هذا الرهن تبرعاً ، ويزول رهن الحيازة من وقت النزول ، لا قبل ذلك .

٦٢٣ — استفادة النزول الضمنى : وقد أورد المشرع ، فى المادة ١١١٣ مدنى ، مثلين على النزول الضمنى . فيجوز أن يستفاد النزول الضمنى :

---

(١) استئناف مختلط ١٤ يونيه ١٨٩٩ م ١١ ص ٢٩٥ .

١ – من تخلى الدائن باختياره عن الشيء المرهون . ذلك لأن الدائن المرتهن حيازة يلتزم الراهن بتسليمه الشيء المرهون ، كما أسلفنا ، ولا يجوز للدائن المرتهن ، بعد أن يتسلم الشيء المرهون ، أن يتخلى عن حيازته طوعاً . فإن سلب منه غصباً ، أو أخذ خلسة ، وأثبت الدائن المرتهن ذلك ، فله أن يسترده . وللدائن المرتهن كذلك أن يؤجر الشيء المرهون ، أو يعيره ، أو يودعه عند أحد ، فإن فعل استرد الشيء عند نهاية الإيجار أو العارية أو الوديعة . أما أن يتخلى عن الشيء المرهون طوعاً ، لا لإيجار أو لسبب آخر لا يقيد نزوله عن الرهن ، فهذا نزول ضمنى عن الرهن الحيازى ، وينقضى الرهن بهذا النزول .

٢ – ومن موافقة الدائن المرتهن حيازة على التصرف فى الشيء المرهون دون تحفظ . فإذا كان الراهن الذى يملك الشيء المرهون باع هذا الشيء لآخر على أنه غير مرهون ، وانتزعه من حيازة الدائن المرتهن وسلمه للمشترى ؛ ورضى الدائن المرتهن بذلك دون أن يتحفظ بأن يسلم الشيء مع حفظ حقه فيه باعتباره دائناً مرتهناً ، فإن الدائن المرتهن يكون بذلك قد نزل ضمناً عن حقه فى الرهن الحيازى باختباره ، فيزول الرهن بهذا النزول .

وتقول مذكرة المشروع التمهيدى : « ولكن إذا كان الرهن مثقلا بحق لأجنبي ، كما إذا كان المضمون بالرهن قد رهنه الدائن بدوره لدائن له ، فإن هذا الدائن الثانى يمتد حقه إلى الرهن ، ولا يترتب على تنازل الدائن الأول عن الرهن أن يضر ذلك بحق الدائن الثانى »[1] . وتقول العبارة الأخيرة من المادة ١١١٣ (أ) مدنى ، كما رأينا ، ما يأتى : « على أنه إذا كان الرهن مثقلا بحق تقرر لمصلحة الغير ، فإن تنازل الدائن لا يتفذ

---

(١) آنفا فقرة ٦١٩ .

فى حق هذا الغير إلا إذا أقره » . وتفرض مذكرة المشروع التمهيدى أن الدائن المرتهن حيازة قد رتب على حقه فى الرهن رهناً لدائن له ، ثم نزل عن رهنه نزولا صريحاً أو ضمنياً . فإذا قلنا بعبارة مطلقة إن نزول الدائن المرتهن الأول عن رهنه يزيل الرهن ، تأذى من ذلك الدائن المرتهن الثانى لأنه مرتهن لحق رهن الدائن المرتهن الأول ، فزوال حق رهن الدائن المرتهن الأول يزيل حق الدائن الثانى . فلا يبقى إذن إلا القول بأن زوال حق رهن الدائن الأول لا ينفذ فى حق الدائن الثانى ، فيبقى حق رهن هذا الدائن الثانى قائماً ، إلا إذا أقر الدائن الثانى نزل الدائن الأول عن حقه فى الرهن .

§ ٢ – اتحاد الذمة

٦٢٤ – **نص قانونى :** ونصت المادة ١١١٣ (ب) على ما يأتى :

« ينقضى أيضاً حق الرهن الحيازى بأحد الأسباب الآتية : (أ) . . . .
(ب) إذا اجتمع حق الرهن الحيازى مع حق الملكية فى يد شخص واحد .
(جـ) . . . . . . » .

وكان النص فى أصله ، وهو النص الواجب العمل به ، يجرى على الوجه الآتى : « (ب) إذا اجتمع حق الرهن الحيازى مع حق الملكية فى يد شخص واحد . على أنه إذا كان الرهن مثقلا بحق تقرر لمصلحة أجنبى ، فإن انقضاء الرهن باتحاد الذمة لا ينفذ فى حق هذا الأجنبى . ولا يعتبر الرهن منقضياً إذا كانت للمالك مصلحة قانونية فى استبقائه ، وكذلك إذا زال سبب اتحاد الذمة وكان لزواله أثر رجعى » .

وقد قررت مذكرة المشروع التمهيدى ، فى خصوص هذا النص ، ما يأتى : « وينقضى الرهن كذلك باتحاد الذمة ، بأن يجتمع الرهن وملكية العين المرهونة فى يد واحدة ، كما إذا اشترى الدائن المرتهن العين المرهونة

ولا يخل اتحاد الذمة بحق الأجنبي على الرهن ، كما إذا كان الدين المضمون بالرهن قد رهنه الدائن بدوره لدائن له كما تقدم فى المثل السابق ، فإن الدائن الأول إذا اشترى العين المرهونة واتحدت الذمة بذلك ، فاتحادها على هذا الوجه لا يضر بحق الدائن الثانى . كذلك لا يعد الرهن منقضياً باتحاد الذمة إذا كانت للمالك مصلحة قانونية فى استبقائه ، كما إذا اشترى الكفيل العينى الدين المضمون بالرهن ، وباع هذا الدين بعد ذلك مستبقياً الرهن لضمانه . وكذلك لا ينقضى إذا زال اتحاد الذمة وكان لزواله أثر رجعى ، كما إذا فسخ العقد الذى اشترى به المرتهن العين »[1] .

٦٢٥ — كيف ينقضى الرهن باتحاد الذمة : ينقضى الرهن باتحاد الذمة ، إذا اجتمع حق الرهن الحيازى مع حق الملكية فى يد شخص واحد .

ويجتمع هذان الحقان فى يد المرتهن حيازة ، إذا اشترى هذا المرتهن العين المرهونة ، فيصبح مالكاً لحق الرهن الحيازى وللعين نفسها ، فتتحد الذمة ، وينقضى حق الرهن الحيازى .

ويجتمع هذان الحقان فى يد المالك للعين ، إذا اشترى المالك الدين المضمون بحق رهن الحيازة ، فيصبح مع ملكيته للعين مالكاً لحق رهن الحيازة ، فتتحد الذمة ، وينقضى حق الرهن الحيازى .

ويجتمع هذان الحقان فى يد أجنبي ، إذا اشترى هذا الأجنبي ملكية العين المرهونة من مالكها واشترى الدين المضمون بالرهن الحيازى ، فيصبح الأجنبي مالكاً للحقين ، فتتحد الذمة ، وينقضى الرهن الحيازى .

ولا يخل اتحاد الذمة : (١) بحق أجنبي ارتهن حيازة . (٢) ولا باستبقاء المالك لحق الرهن . (٣) ولا بزوال اتحاد الذمة بأثر رجعى .

---

(١) آنفاً فقرة ٦١٦ .

٦٢٦ — حق أجنبي ارتهن حيازة : إذا كان المرتهن حيازة قد رتب على حقه فى رهن الحيازة حق رهن لأجنبي ، فأصبح هذا الأجنبي الدائن المرتهن الثانى ، فان المرتهن الأول لا يستطيع أن يمس بحق الأجنبي المرتهن الثانى .

فإذا فرضنا أن المرتهن الأول اشترى ملكية العين المرهونة من مالكها ، فأصبح مالكا لرهن الحيازة وللملكية معاً ، واتحدت الذمة بذلك ، فإن اتحاد الذمة هذا لا يخل بحق المرتهن الثانى .

وتقول مذكرة المشروع التمهيدى فى هذا المعنى : « ولا يخل اتحاد الذمة بحق الأجنبي على الرهن ، كما إذا كان الدين المضمون بالرهن قد رهنه الدائن بدوره لدائن له كما تقدم فى المثل السابق ، فان الدائن الأول إذا اشترى العين المرهونة واتحدت الذمة بذلك ، فاتحادها على هذا الوجه لايضر بحق الدائن التالى[1] » .

فالدائن الثانى إما أنه لا يسرى فى حقه اتحاد الذمة ويبقى حق رهنه قائماً على حق رهن الحيازة ، أو يقر اتحاد الذمة فيضيع عليه حق رهنه .

٦٢٧ — استبقاء المالك لحق الرهن : وتقول مذكرة المشروع التمهيدى ، فى هذا الصدد ، ما يأتى : « كذلك لايعد الرهن منقضياً باتحادالذمة إذا كانت للمالك مصلحة قانونية فى استبقائه ، كما إذا اشترى الكفيل العينى الدين المضمون بالرهن ، وباع هذا الدين بعد ذلك مستبقياً الرهون لضمانه »[2] .

فهنا كان يوجد ، لا مدين راهن ، بل كفيل عينى راهن ، ورأى الكفيل العينى أن يشترى الدين المضمون بالرهن ، حتى يخلص العين المملوكة له من هذا الرهن . فاشترى الدين ، حاسباً بذلك أنه يملك العين

(١) آنفاً فقرة ٦٢٤ .

(٢) آنفاً فقرة ٦٢٤ .

وأصبح الآن يملك الرهن ، فيزول الرهن باتحاد الذمة . ولكنه وجد نفسه فى حاجة إلى بيع الدين الذى اشتراه ، وأن يستبقى الرهن ضامناً للدين . ففعل ذلك ، فلا شك أنه لما باع الدين مضموناً بالرهن ، لم يزل الرهن باتحاد الذمة لأنه لا زال باقياً . ويرجع الكفيل كفيلا عينياً كما كان ، له عين مرهونة فى الدين ، ولكن صاحب هذا الدين شخص آخر هو الذى اشترى الدين مضموناً بالرهن فيما قد قدمناه .

٦٢٨ – زوال اتحاد الذمة بأثر رجعى : وجاء فى مذكرة المشروع التمهيدى ما يأتى : « وكذلك لا ينقضى الرهن إذا زال اتحاد الذمة وكان لزواله أثر رجعى ، كما إذا فسخ العقد الذى اشترى به المرتهن العين »[1] .

فهنا اشترى المرتهن حيازة ملكية العين المرهونة ، فصار صاحب رهن حيازى وصاحب ملكية العين المرهونة ، فاتحدت الذمة وانقضى الرهن باتحاد الذمة .

ولكن تبين بعد ذلك أن البيع الذى اشترى به الدائن المرتهن ملكية العين المرهونة قابل للفسخ ، وفسخ بأثر رجعى . عند ذلك لا يعود الدائن المرتهن مالكاً للعين المرهونة ، ويزول اتحاد الذمة بأثر رجعى ، ويعود الدائن المرتهن دائناً مرتهناً فحسب ، لا مالكاً .

وتعود الأمور كما كانت قبل اتحاد الذمة الذى زال بأثر رجعى .

ويعود الرهن حافظاً قوته الأصلية ، بعد أن كان قد زال باتحاد الذمة[2] .

§ ٣ – هلاك الشىء أو انقضاء الحق المرهون

٦٢٩ – نص قانونى : ونصت المادة ١١١٣ (ح) مدنى على ما يأتى :

---

(١) آنفاً فقرة ٦٢٤ .

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه إذا اشترى المرتهن العين المرهونة ، ثم بعدئذ أبطل البيع أو ألغى أو فسخ لأى سبب من الأسباب ، عاد الرهن إلى كيانه الأول حافظاً قوته الأصلية (استئناف وطنى ٩ يونيه سنة ١٩١٥ الشرائع ٢ رقم ٣٢٤ ص ٣٠٧) .

« ينقضى أيضاً حق الرهن الحيازى بأحد الأسباب الآتية : (أ) . . . .
(ب) . . . . . (حـ) إذا هلك الشيء أو انقضى الحق المرهون » .

وقد جاء فى مذكرة المشروع التمهيدى ما يأتى :

« ويزول الرهن أخيراً بصفة أصلية إذا هلك الشيء أو الحق المرهون .
فإن كان الحق المرهون حق انتفاع مثلا ، وتنازل المنتفع عنه ، فلا يخل هذا
التنازل بحق الدائن المرتهن »[1] .

٦٣٠ — انقضاء الرهن الحيازى بهلاك الشيء : وينقضى الرهن
الحيازى بهلاك الشيء المرهون . وهذا طبيعى ، لأن الشيء المرهون لم يعد له
وجود ، فيزول الرهن بزوال محله .

والشيء المرهون قد يهلك بخطأ الراهن ، أو بخطأ المرتهن ، أو بسبب
أجنبى .

فإن هلك بخطأ الراهن ، كان هذا مسئولا عن الهلاك ، ودفع تعويضاً
عنه يحل محل الشيء المرهون الهالك . وينتقل الرهن بذلك ، من الشيء
المرهون ، إلى التعويض .

وإن هلك بخطأ المرتهن ، كان هذا مسئولا عن الهلاك كذلك ، ويحل
التعويض محل الشيء المرهون ، وينتقل إليه الرهن .

وإن هلك بسبب أجنبى ، فإن كان هذا السبب هو خطأ الغير ، حل
التعويض محل الشيء وانتقل إليه الرهن .

وإن كان السبب هو القوة القاهرة أو القضاء والقدر ، لم يكن أحد
مسئولا عن التعويض . فلا يدفع تعويض ، ويزول الشيء فيزول الرهن
بزواله ، وعلى هذا الوجه ينقضى الرهن .

٦٣١ — انقضاء الرهن بانقضاء الحق المرهون — حق الانتفاع :
وقد يكون الشيء المرهون حقاً انقضى ، فيزول الرهن بانقضائه .

---

(١) آنفاً فقرة ٦١٩ .

فإن كان الحق المرهون حق انتفاع ، وانقضى بانقضاء مدته أو بموت المنتفع ، فلا مناص من انقضاء الرهن الحيازى بانقضاء حق الانتفاع على هذا الوجه .

أما إذا نزل المنتفع عن حق الانتفاع ، فإن نزوله لا يؤثر فى الرهن ، ولا ينقضى الرهن بنزول المنتفع . ذلك لأن النزول عن حق الانتفاع سبب إرادى من جانب المنتفع ، ولا يجوز للمنتفع أن يضر بإرادته المرتهن على هذا الوجه . وعلى ذلك يبقى حق الانتفاع مثقلا بالرهن ، بالرغم من نزول المنتفع . ولا يزول حق الانتفاع بالنسبة إلى المرتهن إلا بسبب طبيعى ، كانقضاء المدة أو موت المنتفع .

وفى ذلك تقول مذكرة المشروع التمهيدى : « فإن كان الحق المرهون حق انتفاع مثلا ، وتنازل المنتفع عنه ، فلا يخل هذا التنازل بحقوق الدائن المرتهن »[1] .

§ ٤ – البيع الجبرى

٦٣٢ – تاريخ المسألة : ذكرنا فيما تقدم أن الرهن الحيازى لم يكن ينقضى ، فى التقنين المدنى السابق ، بالبيع الجبرى . بل كان للدائن المرتهن ، فى حالة بيع الشىء المرهون بيعاً جبرياً ، الحق فى حبسه عن الراسى عليه المزاد .

وكانت المادة ١٥٥٤ من المشروع التمهيدى (م ١١١٣ من التقنين المدنى) تنهى رهن الحيازة « إذا بيعت العين المرهونة بيعاً جبرياً » .

ولكن لجنة المراجعة حذفت هذا النص ، استبقاء لحكم التقنين السابق فيما قضى به من أن البيع الجبرى لا يطهر العين من الرهن الحيازى .

غير أن قانون المرافعات الجديد نص فى المادة ٦٩٠ منه على أنه يترتب

---

(١) آنفاً فقرة ٦٢٩ .

على تسجيل حكم مرسى المزاد تطهير العقار المبيع من حقوق الامتياز والاختصاص والرهون الرسمية والحيازة .

فأصبح بموجب القانون المدنى لا ينقضى حق الرهن الحيازى بالبيع الجبرى ، أما بموجب قانون المرافعات فينقضى بالبيع الجبرى ، لا حقوق الرهن الرسمى والاختصاص فحسب ، بل ينقضى أيضاً حق الرهن الحيازى .

٦٣٣ — لا تعارض بين القانون المدنى وقانون المرافعات فى حالة معينة : ولا يقع تعارض بين قانون المرافعات والقانون المدنى فى حالة معينة ، بل يكون الحكم فيها واحداً .

وهذه هى الحالة التى يكون فيها الدائن الحاجز صاحب حق رهن رسمى أو اختصاصى أو امتياز سابق فى المرتبة على مرتبة الرهن الحيازى .

فى القانون المدنى لا يحتج بحق الحبس المترتب على الرهن الحيازى فى مواجهة أصحاب هذه الحقوق السابقة على الرهن الحيازى .

وهذا هو أيضاً حكم قانون المرافعات الجديد[1] .

٦٣٤ — قانون المرافعات عدل القانون المدنى فى بقية الحالات : أما فى بقية الحالات ، فيجب القول بأن قانون المرافعات الجديد ، وهو قانون متأخر فى التاريخ عن القانون المدنى ، قد عدل القانون المدنى فى هذه المسألة .

وعلى ذلك يكون البيع الجبرى ، وفقاً لقانون المرافعات ، مطهراً للعقار من جميع الحقوق العينية التبعية ، ويدخل فى ذلك حق الرهن الرسمى وحق الرهن الحيازى .

---

(١) انظر فى ذلك آنفاً فقرة ٦٠٧ .

§ ٥ — فسخ الرهن الحيازى

٦٣٥ — ضمان الراهن لسلامة الرهن ونفاذه : رأينا أن المادة ١١٠١ مدنى تنص على ما يأتى : « يضمن الراهن سلامة الرهن ونفاذه ، وليس له أن يأتى عملا ينقص من قيمة الشيء المرهون أو يحول دون استعماله لحقوقه المستمدة من العقد . وللدائن المرتهن ، فى حالة الاستعجال ، أن يتخذ على نفقة الراهن كل الوسائل التى تلزم للمحافظة على الشيء المرهون »[١] .

وقد سبق أن قررنا ، فى هذه المناسبة ، أنه إذا « أدعى الغير أنه دائن مرتهن قيد حق رهنه أولا ، أو ادعى أن له حق ارتفاق على العقار المرهون حيازة وكان الدائن المرتهن قد رتب حق رهنه على أن حق الارتفاق هذا لا يوجد ، فعلى الراهن أن يدفع هذا الادعاء من الغير . فإن لم يستطع ، كان للدائن المرتهن حيازة أن يطالب بتقديم تأمين كاف ، أو بتكملة التقديم المقدم ، أو بسقوط أجل الدين ودفعه فوراً »[٢] .

ومعنى المطالبة بسقوط أجل الدين ودفع الدين فوراً ، أن الدائن المرتهن قد فسخ الرهن فانقضى بصفة أصلية ، وهو الآن يطالب بسقوط أجل الدين ودفع الدين فوراً .

٦٣٦ — إدارة الشيء المرهون : ورأينا أن الفقرة الثانية من المادة ١١٠٦ مدنى تنص على ما يأتى : « فإذا أساء الدائن استعمال هذا الحق أو أدار الشيء إدارة سيئة أو ارتكب فى ذلك إهمالا جسيماً ، كان للراهن الحق فى أن يطلب وضع الشيء تحت الحراسة أو أن يسترده مقابل دفع ما عليه . . . . . . »[٣] .

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٥٤٧ .
(٢) انظر آنفاً فقرة ٥٤٩ .
(٣) انظر آنفاً فقرة ٥٣٠ .

ومعنى طلب استرداد الشيء مقابل دفع ما عليه أن الراهن قد فسخ الرهن فزال بصفة أصلية ، وهو الآن يطلب استرداد الشيء مقابل دفع ما عليه .

الفصل الرابع

بعض أنواع الرهن الحيازى

٦٣٧ — أنواع ثلاثة : تعرض القانون فى هذا الفصل لأنواع ثلاثة من الرهن الحيازى : الرهن العقارى ، ورهن المنقول ، ورهن الدين ؛ فنعقد لكل منها مبحثاً .

المبحث الأول

الرهن العقارى

٦٣٨ — مواد ثلاث خاصة بالرهن العقارى : أورد المشرع مواد ثلاثاً خاصة بالرهن العقارى ، وهى :

١ — مادة أولى (م ١١١٤ مدنى) خاصة بنفاذ الرهن العقارى فى حق الغير .

٢ — مادة ثانية (م ١١١٥ مدنى) خاصة بجواز أن يؤجر الدائن المرتهن العقار المرهون إلى الراهن .

٣ — مادة ثالثة (م ١١١٦ مدنى) خاصة بحفظ الدائن المرتهن للعقار المرهون ودفع ما على العقار من ضرائب وتكاليف .

فنعالج كل مسألة من هذه المسائل الثلاث فى فقرة مستقلة .

٦٣٩ – نفاذ الرهن العقاري في حق الغير – نص قانوني : نصت المادة ١١١٤ مدني على ما يأتي :

« يشترط لنفاذ الرهن العقاري في حق الغير إلى جانب انتقال الحيازة أن يقيد الرهن ، وتسرى على هذا القيد الأحكام الخاصة بقيد الرهن الرسمي »[1] .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٥٥٥ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : « ١ – إذا وقع الرهن الحيازي على عقار ، سمى رهناً عقارياً . ٢ – ويشترط لنفاذ الرهن العقاري في حق الغير ، إلى جانب انتقال الحيازة ، أن يقيد عقد الرهن ، ويسرى على هذا القيد الأحكام الخاصة بقيد الرهن الرسمي » . وعدلت لجنة المراجعة النص على الوجه الآتي : « ١ – يشترط لنفاذ الرهن العقاري في حق الغير ، إلى جانب انتقال الحيازة ، أن يقيد عقد الرهن ، وتسرى على هذا القيد الأحكام الخاصة بقيد الرهن الرسمي . ٢ – وحقوق الرهن الحيازي العقاري القائمة وقت العمل بهذا القانون ، يجب قيدها في خلال عشر سنوات من تاريخ تسجيل العقود المرتبة له ، أو في خلال سنة من وقت العمل بهذا القانون ، أي المدتين أطول . ويترتب على إجراء القيد المذكور حفظ مرتبة الرهن من تاريخ تسجيل العقد المرتب له ، فإذا لم يتم قيد العقد في خلال المدة المتقدمة فلا يكون الرهن بعد انقضائها نافذاً بالنسبة إلى الغير » . وأقرت لجنة المراجعة المادة بعد هذا التعديل ، تحت رقم ١٢١٨ في المشروع النهائي . وأقر مجلس النواب المادة ، تحت رقم ١٢٠٣ . وفي لجنة مجلس الشيوخ ، حذفت اللجنة الفقرة الثانية ، لورود حكمها في قانون الشهر العقاري . واقترح الاستغناء عن الرهن في العقار اكتفاء بالرهن الرسمي ، وبما قال المقترح إنه إذا كانت الأوضاع في الماضي قد أوجبت وضع يد الدائن على العقار المرهون كوسيلة لمنع المدين من التصرف فيه ، فإنه بعد ظهور نظام التسجيل أصبح وحده كفيلا بتحقيق هذا الفرض ، ولم يبق محل لعقد الرهن الحيازي في العقار . وقررت لجنة مجلس الشيوخ عدم الأخذ بالاقتراح ، مستندة في ذلك إلى اعتبارين أساسيين . أولهما أن الرهن الحيازي ينطوي على تيسير للمدين ، لأنه يتم بعقد عرفي ويتيح استهلاك الدين من طريق إلزام الدائن باستغلاله واستنزال الغلة من الدين . وثانيهما أن حرمان البيئة الريفية من نظام الرهن الحيازي في العقار ، بعد أن ألفته وبعد إلغاء بيع الوفاء ، سيفضي إلى إرغام صغار الملاك على البيع تحت سلطان الاضطرار لاسيما متى كانوا يملكون أقل من خمسة أفدنة .

واقترح حذف المواد من ١١١٤ إلى ١١١٦ الخاصة برهن الحيازة في العقار وقصر هذا النوع من الرهن على المنقول ، ولم تر اللجنة الأخذ بهذا الاقتراح لأن ثمة فارقاً جوهرياً بين تصوير القانون المصري لرهن الحيازة والتصوير الفرنسي له ، في حين أن الأول يجعل الأصل –

ومعروف أن الرهن الحيازى لا ينفذ فى حق الغير إلا إذا انتقلت حيازة الشيء المرهون إلى الدائن المرتهن .

فإذا كان الرهن الحيازى واقعاً على عقار ، وجب أيضاً لنفاذه فى حق الغير ، إلى جانب انتقال الحيازة إلى الدائن المرتهن ، أن يقيد عقد الرهن الحيازى.

وعقد الرهن الحيازى العقارى يقيد على الوجه الذى يقيد به عقد الرهن الرسمى وتتبع نفس الأحكام ، وقد تقدم بيان ذلك .

ويلاحظ أن المادة ٣٠ من قانون تنظيم الشهر العقارى نصت على بيان خاص بالرهن الحيازى العقارى يجب أن تشمله قائمة قيد هذا الرهن ،

= هو وجوب استثمار الدائن للمرهون تيسيراً لاستيفاء الدين لا يجعل الأخير للدائن حقا فى الاستثمار ولا يرغمه عليه . وقد كانت وسائل الائتمان متعددة من قبل ، لكانت الفاروقة قائمة فى ظل نظام الأراضى الخراجية وألغيت الفاروقة تبعا لزوال هذا النظام ، ثم شاع نظام بيع الوفاء ولكن إساءة استعمال هذا النظام حدت إلى إلغائه . والآن لم يبق فى البيئة الريفية إلا رهن الحيازة ، ألفه الناس واستقر فى تقاليدهم ، فإذا ألغى كان من العسير أن يعتمد صغار الزراع على الرهن التأمينى (الرسمى) وهم لم يألفوه بوصفه وسيلة من وسائل الضمان .

واستقر رأى اللجنة على عدم حذف الرهن الحيازى العقارى ، وأقرت المادة تحت رقم ١١١٤ ، ووافق مجلس الشيوخ على المادة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٤٣ – ص ٢٤٨) .

التقنين المدنى السابق م ٥٥١ / ٦٧٥ : لا يضر رهن العقار بالحقوق المكتسبة عليه المحفوظة وبالوجه المرعى قبل تسجيل الرهن . وانظر أيضاً المادة الأولى من قانون التسجيل .

التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ١٠٦٣ : لا يمس الرهن بالحقوق العينية المحرزة بطريقة قانونية على العقار قبل قيد الرهن فى السجل العقارى .

التقنين المدنى الليبى م ١١١٨ : يشترط لنفاذ الرهن العقارى فى حق الغير انتقال الحيازة أن يقيد عقد الرهن ، وتسرى على هذا القيد الأحكام الخاصة بقيد الرهن الاتفاق .

التقنين المدنى العراقى : لا شيء .

تقنين الملكية العقارية اللبنانى : لا شيء .

وهو بيان خاص بالتكليف وبالإيجار إلى الراهن إذا نص عليه فى عقد الرهن :

وفيما يتعلق بمحو القيد ، أضافت المادة ٤٥ من قانون تنظيم الشهر العقارى حكماً خاصاً بحالة محو القيد الخاص بالرهن الحيازى العقارى وبحقوق الامتياز العقارية ، فقررت أنه يكتفى لمحو قيد هذه الحقوق بإقرارات عرفية مصدق على التوقيع فيها ، إذ أن هذه الحقوق يجوز إنشاؤها بمحررات عرفية فلم تكن هناك حاجة إلى إيجاب التقرير الرسمى لمحو القيد الخاص بها .

والقيد لا يغنى عن انتقال الحيازة إلى الدائن المرتهن ، كما أن انتقال الحيازة إلى الدائن المرتهن لا يغنى عن القيد[1] .

٦٤٠ — جواز إيجار الدائن المرتهن العقار المرهون إلى الراهن —

نص قانونى : نصت المادة ١٦١٥ مدنى على ما يأتى :

« يجوز للدائن المرتهن للعقار أن يؤجر العقار إلى الراهن ، دون أن يمنع ذلك من نفاذ الرهن فى حق الغير . فإذا اتفق على الإيجار فى عقد الرهن ، وجب ذكر ذلك فى القيد ذاته . أما إذا اتفق عليه بعد الرهن ، وجب أن يؤشر به فى هامش القيد ، إلا أن هذا التأشير لا يكون ضرورياً إذا جدد الإيجار تجديداً ضمنياً »[2] .

---

(١) محمد كامل مرسى فقرة ٤٣٩ ص ٤٦٩ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٥٥٦ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة ، تحت رقم ١٢١٩ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٢٠٤ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١١١٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٤٩ – ص ٢٥٠) .

التقنين المدنى السابق م ٥٤٠ / ٦٦٢ فقرة ثانية : وفى حالة الرهن العقارى ، يجوز للدائن المرتهن أن يؤجر العقار المرهون للمدين ، بشرط أن يكون الإيجار منصوصاً عليه فى عقد الرهن أو مؤشراً به فى هامش تسجيل الرهن وذلك فى حالة حصول الإيجار بعد الرهن . —

وجاء فى مذكرة المشروع التمهيدى ، فى خصوص هذا النص ، ما يأتى :

« يجوز للمرتهن أن يؤجر العقار إلى الراهن دون أن يمنع ذلك من نفاذ الرهن فى حق الغير ، على أن يشهر الإيجار إما بذكره فى القيد نفسه إذا اتفق عليه عند الرهن ، أو بالتأشير به على هامش القيد إذا اتفق عليه بعد ذلك . ولا يكون تجديد التأشير ضرورياً ، إذا جدد الإيجار تجديداً ضمنياً . أما فى رهن المنقول ، فخروج العين من يد المرتهن إلى الراهن ، بإيجار أو بغيره ، لا يبطل الرهن ، ولكن يجعله غير نافذ فى حق الغير كما تقدم »[1].

فيجوز إذن للدائن المرتهن أن يؤجر العقار المرهون لغير الراهن ، وللراهن نفسه . فإذا ما أجره وسلمه للمستأجر ، اعتبر هو الحائز القانونى ، ولا يخل الإيجار بنفاذ الرهن فى حق الغير ما دام الدائن المرتهن هو الحائز القانونى .

وإذا أجر الدائن المرتهن العقار المرهون للراهن ، فإنه يجب شهر الإيجار فى القيد . فإن تم الإيجار عند الرهن ، وجب ذكر ذلك فى القيد ذاته . وإن تم الإيجار بعد الرهن ، وجب أن يؤشر بالإيجار فى هامش القيد .

— التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين السورى م ١٠٦٩ : العقار المرهون الذى يعيره الدائن المرتهن إلى المدين أو يؤجره منه يبقى مخصصاً لضمان وفاء الدين .

التقنين الليبى م ١١١٩ : يجوز للدائن المرتهن لعقار أن يؤجر العقار إلى الراهن دون أن يمنع ذلك من نفاذ الرهن فى حق الغير . فإذا اتفق على الإيجار فى عقد الرهن ، وجب ذكر ذلك فى القيد ذاته . أما إذا اتفق عليه بعد الرهن ، وجب أن يؤشر به فى هامش القيد ، إلا أن هذا التأشير لا يكون ضرورياً إذا تجدد الإيجار تجديداً ضمنياً .

التقنين العراقى : لا شىء .

تقنين الملكية العقارية اللبنانى م ١١٥ : العقار المرهون الذى يعيره الدائن المرتهن إلى المديون أو يؤجره منه يبقى مخصصا لضمان وفاء الدين .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٥٢ .

وتجديد الإيجار تجديداً ضمنياً إيجار جديد ، وكان الواجب التأشير به فى هامش القيد ، لأنه لا يكون إلا بعد الرهن . ولكن القانون أعفى الدائن المرتهن والراهن من شهر التجديد الضمنى بالتأشير به فى هامش القيد . فإذا جدد الإيجار تجديداً ضمنياً ، فإنه يكتفى بشهر الإيجار الأصلى نفسه فى القيد أو فى هامش القيد ، ولا حاجة إلى التأشير بالتجديد الضمنى .

٦٤١ — حفظ الدائن المرتهن للعقار المرهون ودفع ما على العقار من ضرائب وتكاليف — نص قانونى : نصت المادة ١١١٦ مدنى على ما يأتى :

« ١ — على الدائن المرتهن لعقار أن يتعهد العقار بالصيانة وأن يقوم بالنفقات اللازمة لحفظه ، وأن يدفع ما يستحق سنوياً على العقار من ضرائب وتكاليف ، على أن يستنزل من الثمار التى يحصلها قيمة ما أنفق أو يستوفى هذه القيمة من ثمن العقار فى المرتبة التى يخولها له القانون » .

« ٢ — ويجوز للدائن أن يتحلل من هذه الالتزامات إذا هو تخلى عن حق الرهن »[١] .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٥٥٧ من المشروع التمهيدى ، على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة ، تحت رقم ١٢٢٠ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٢٠٥ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١١١٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٥١ – ص ٢٥٣) .

التقنين المدنى السابق م ٥٥٢ / ٦٧٦ – ٦٧٧ : على الدائن الذى ارتهن العقارى أن يقوم بحفظه وأن يصرف المصاريف الضرورية اللازمة لصيانته ، مع أداء العوائد المترتبة عليه للحكومة . إنما له أن يستوفى ذلك من ريعه ، أو يستوفيه بالامتياز من ثمن العقار . ويجوز له فى جميع الأحوال أن يتخلص من حمل تلك الكلف ، بتركه حق الرهن .

التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين السورى م ١٠٦٦ / ١ على الدائن أن يعتنى بصيانة العقار المرهون وبإجراء التصليحات المفيدة والضرورية له ، على أن يتناول من الثمار جميع مصاريف الصيانة والتصليحات أو أن يستوفيها بالأفضلية من ثمن العقار . —

وجاء فى مذكرة المشروع التمهيدى ، فى خصوص هذا النص ، ما يأتى :

« تزيد التزامات مرتهن العقار بأن يدفع ما يستحق سنوياً على العقار من ضرائب وتكاليف ، على أن يستنزل ذلك من الثمار أو من العقار ، ويستطيع الراهن أن يتحلل من الالتزامات كلها بالتخلى عن حق الرهن ، وهذا صحيح فى العقار والمنقول »[1] .

ويتبين مما تقدم أن الدائن المرتهن لعقار ، يلتزم بحفظ هذا العقار وصيانته ودفع المصروفات اللازمة لذلك . وهذا التزام عام ، يلتزم به كل دائن مرتهن ، سواء لعقار أو لغير عقار ، وقد تقدم بيان ذلك .

ويلتزم الدائن المرتهن للعقار أيضاً بأن يدفع ما يستحق سنوياً على العقار من ضرائب وتكاليف ، فإن كان العقار أرضاً زراعية دفع المال ، وإن كان بناء دفع العوايد ، ويدفع التكاليف أيضاً كأجر الخفر والضرائب المؤقتة .

وله أن يرجع بكل ذلك إما على غلة العقار إن كانت تفى ، فإن كانت

= التقنين الليبى م ١١٢٠ : ١ - على الدائن المرتهن لعقار أن يتعهد العقار بالصيانة وأن يقوم بالنفقات اللازمة لحفظه ، وأن يدفع ما يستحق سنويا على العقار من ضرائب وتكاليف ، على أن يستنزل من الثمار التى يحصلها قيمة ما أنفق أو يستوفى هذه القيمة من ثمن العقار فى المرتبة التى يخولها له القانون . ٢ - ويجوز للدائن أن يتحلل من هذه الالتزامات إذا هو تخلى عن حق الرهن .

التقنين العراقى : لا شىء .

تقنين الملكية العقارية اللبنانى م١١٢ : على الدائن أن يعتنى بصيانة العقار المرهون وبإجراء التصليحات المفيدة والضرورية له ، على أن يتناول من الغلة جميع مصاريف الصيانة والتصليحات أو أن يستوفيها بالأفضلية من ثمن العقار . وله دائما أن يرفع هذه الموجبات عن عاتقه بتخليه عن حق الرهن .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٥٢ .

لا تنى رجع على ثمن العقار نفسه ، واعتبر ذلك مضموناً بالرهن وفى نفس المرتبة .

على أن الدائن المرتهن عليه التزامات أخرى غير ما تقدم ، وقد أحصيناها وتكلمنا فيها تفصيلا عند الكلام فى التزامات الدائن المرتهن[1] .

وهو ملتزم بكل هذه الالتزامات لأنه دائن مرتهن ؛ وبسبب ما له من حق الرهن .

فيستطيع أن يتخلص من كل هذه الالتزامات ، بما فى ذلك الضرائب والتكاليف على العقار ، إذا هو تخلى (abandonner) عن حق الرهن وتركه دون مقابل ، فيتخلص المال ، عقاراً كان أو منقولا ، مما يثقله من حق الرهن . وهذه قاعدة عامة ، تنطبق سواء كان المال المرهون عقاراً أو منقولا أو ديناً .

المبحث الثانى

رهن المنقول

٦٤٢ — **المواد الخاصة برهن المنقول :** أورد المشرع ست مواد خاصة برهن المنقول ، نخصص لكل منها فقرة ، وهذه هى :

١ — م ١١١٧ وهى خاصة بنفاذ رهن المنقول فى حق الغير ؛

٢ — م ١١١٨ وهى خاصة بسريان الآثار التى تترتب على حيازة المنقولات المادية والسندات لحاملها على رهن المنقول .

٣ — م ١١١٩ وهى خاصة بطلب المرتهن أو الراهن الترخيص له فى بيع المنقول المهدد بالهلاك أو التلف أو انتقاص القيمة ، ونقل الرهن من المنقول إلى ثمنه .

---

(١) آنفاً فقرة ٥٥٦ وما بعدها .

٤ — م ١١٢٠ وهى خاصة بطلب الراهن الترخيص له فى بيع المنقول كصفقة رابحة قبل حلول أجل الدين .

٥ — م ١١٢١ وهى خاصة بطلب الدائن المرتهن ، عند حلول أجل الدين ، الترخيص فى بيع المنقول أو الأمر بتمليكه إياه بثمنه بحسب تقدير الخبراء .

٦ — م ١١٢٢ وهى خاصة بوجوب عدم التعارض مع الأحكام الخاصة بالرهن التجارى وبيوت التسليف وأحوال خاصة فى رهن المنقول .

٦٤٣ — نفاذ رهن المنقول فى حق الغير — نص قانونى : نصت المادة ١١١٧ مدنى على ما يأتى :

« يشترط لنفاذ رهن المنقول فى حق الغير إلى جانب انتقال الحيازة ، أن يدون العقد فى ورقة ثابتة التاريخ يبين فيها المبلغ المضمون بالرهن والعين المرهونة بياناً كافياً . وهذا التاريخ الثابت يحدد مرتبة الدائن المرتهن »(١).

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٥٥٨ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « رهن المنقول هو رهن الحيازة إذا وقع على شىء منقول . ٢ — ويشترط لنفاذ رهن المنقول فى حق الغير ، إلى جانب انتقال الحيازة ، أن يدون العقد فى ورقة ثابتة التاريخ ، ويبين فيها بياناً كافياً المبلغ المضمون بالرهن والعين المرهونة ، ويحدد هذا التاريخ الثابت مرتبة الدائن المرتهن » . وحذفت لجنة المراجعة الفقرة الأولى لعدم الحاجة إليها ، واستبدلت عبارة « يبين فيها المبلغ المضمون بالرهن والعين المرهونة بياناً كافياً » بعبارة « ويبين فيها المبلغ المضمون بالرهن والعين المرهونة » . ووافقت اللجنة على المادة بعد تعديلها ، تحت رقم ١٢٢١ فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على المادة تحت رقم ١٢٠٦ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١١١٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٥٤ — ص ٢٥٥) .

التقنين المدنى السابق م ٥٤٩ فقرة أولى / ٦٧٢ : لا يصح رهن المنقول بالنسبة لغير المتعاقدين ، إلا إذا كان بسند ذى تاريخ ثابت بوجه رسمى مشتمل على بيان المبلغ المضمون وبيان الشىء المرهون بياناً كافياً .

التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين السورى م ١٠٣٢ / ١ : إذا كانت قيمة المرهون يجاوز مائة ليرة سورية ، =

وقد قدمنا أن انتقال حيازة الشيء المرهون إلى الدائن المرتهن حيازة ضروري ، حتى يكون رهن الحيازة سارياً في حق الغير .

وإلى جانب انتقال الحيازة ، يجب أيضاً ، حتى يكون رهن المنقول سارياً في حق الغير أن يدون عقد الرهن في ورقة ثابتة التاريخ . وهذا التاريخ الثابت هو الذي يحدد في أي وقت يحسب سريان الرهن بالنسبة الى الغير ، أي يحدد مرتبة الدائن المرتهن . فإذا كان هناك دائنان مرتهنان لمنقول واحد ولكل منهما تاريخ ثابت ، فالأسبق في هذا التاريخ هو الذي يتقدم على المتأخر .

ويبين في الورقة ثابتة التاريخ التي دون فيها عقد الرهن ، المبلغ المضمون بالرهن والعين المرهونة ، بياناً كافياً .

وقد أوجب القانون ، لنفاذ رهن المنقول في حق الغير ، تدوين عقد الرهن في ورقة ثابتة التاريخ ، أي أن يكون العقد مكتوباً في ورقة عرفية ثابتة التاريخ ، وليس من الضروري أن تكون ورقة رسمية[1] . ولكن من الضروري أن تكون هناك ورقة عرفية حتى في المسائل التي يجوز فيها الإثبات بالبينة ، وأن تكون هذه الورقة العرفية ذات تاريخ ثابت .

والغرض من ذلك حماية الغير من الغش ، الذي قد يرتكب إضراراً به

= فلا يترتب الامتياز إلا إذا كان هناك سند محرر أمام مأمور رسمي أو سند عادي ثابت التاريخ يتضمن بيان مقدار الدين وتعيين نوع الأشياء المرهونة وماهيتها .

التقنين الليبي م ١١٢١ : يشترط لنفاذ رهن المنقول في حق الغير إلى جانب انتقال الحيازة أن يدون العقد في ورقة ثابتة التاريخ يبين فيها المبلغ المضمون بالرهن والعين المرهونة بيانا كافيا . وهذا التاريخ الثابت يحدد مرتبة الدائن المرتهن .

التقنين العراقي : لا شيء .

تقنين الملكية العقارية اللبناني : لا شيء .

(١) محكمة مصر ١٨ فبراير سنة ١٨٩٢ الحقوق ٧ ص ٢٧ .

بتقديم تاريخ الرهن أو زيادة قيمة الدين أو إبدال الشيء المرهون[1] .

ويصح أن يكون الاتفاق على الرهن محرراً فى السند العرفى المقرر للالتزام المضمون بالرهن[2] .

وإذا كان الالتزام غير محدد القيمة ، يجب على الأقل بيان حده الأقصى .

والواجب بيان المبلغ المضمون ، فلا داعى لذكر تاريخ حلول الدين أو تاريخ عقد الدين أو جنس الدين .

وإذا شمل الرهن جملة أشياء ، وبين بعضها دون بعض ، فالعقد يكون نافذاً فى حق الغير فيما يختص بما بين من هذه الأشياء دون ما لم يبين[3].

والمحاكم هى التى تقدر ما إذا كان البيان كافياً أو غير كاف[4].

٦٤٤ — سريان الآثار التى تترتب على حيازة المنقولات المادية والسندات لحاملها على رهن المنقول — نص قانونى : نصت المادة ١١١٨ مدنى على ما يأتى :

« ١ — الأحكام المتعلقة بالآثار التى تترتب على حيازة المنقولات المادية والسندات التى لحاملها تسرى على رهن المنقول » .

« ٢ — وبوجه خاص يكون للمرتهن ، إذا كان حسن النية ، أن يتمسك

---

(١) محمد كامل مرسى فقرة ٣٥٣ ص ٤٧٨ — لوران فقرة ٤٨٤ — جيوار فقرة ٤٩ — بودرى ودى لوان فقرة ٤٨ وفقرة ٥١ — أوبرى ورو ٣ فقرة ٤٣٢ هامش ٢٥ — دى هلتس فقرة ٥٩ — جرانمولان فقرة ١٣٠ .

(٢) جيوار فقرة ٧٠ — بودرى ودى لوان فقرة ٤٩ .

(٣) لوران فقرة ٤٥٥ — جيوار فقرة ٧٩ — بودرى ودى لوان فقرة ٥٥ .

(٤) بودرى ودى لوان فقرة ٥٣ — دى هلتس فقرة ٦١ — محمد كامل مرسى فقرة ٣٥٣ ص ٤٧٩ — وقد قضت محكمة النقض بأن تدوين العقد فى ورقة ثابتة التاريخ لا يسرى على الرهن التجارى (نقض مدنى ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ رقم ٢٩٤ ص ٢٠٣٠) .

بحقه فى الرهن ولو كان الراهن لا يملك التصرف فى الشىء المرهون ، كما يجوز من جهة أخرى لكل حائز حسن النية أن يتمسك بالحق الذى كسبه على الشىء المرهون ولو كان ذلك لاحقاً لتاريخ الرهن »[١] .

وجاء فى مذكرة المشروع التمهيدى ، فى خصوص هذا النص ، ما يأتى :

« حيازة منقول بحسن نية تعدل كثيراً من أحكام الرهن ، ويظهر ذلك بنوع خاص فى أمرين : أولهما أن الدائن قد يرتهن المنقول من غير المالك وهو حسن النية ، فيترتب له حق الرهن ، لا بمقتضى العقد ، بل بمقتضى الحيازة . والأمر الثانى أن المنقول المرهون حيازة قد يترتب عليه حق عينى آخر لحائز حسن النية ، فيقدم هذا الحق على حق المرتهن »[٢].

ويؤخذ من النص سالف الذكر أن رهن الحيازة فى المنقول قد تتعارض

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٥٠٩ من المشروع التمهيدى . وعدلته لجنة المراجعة تعديلا لفظيا طفيفا فصار مطابقا لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، ووافقت عليه بعد هذا التعديل تحت رقم ١٢٢٢ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٢٠٧ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١١١٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٥٦ – ص ٢٥٧) .

التقنين المدنى السابق : لا مقابل .

التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين السورى : لا شىء .

التقنين الليبى م ١١٢٢ : ١ – الأحكام المتعلقة بالآثار التى تترتب على حيازة المنقولات المادية والسندات التى لحاملها تسرى على رهن المنقول . ٢ – وبوجه خاص يكون للمرتهن إذا كان حسن النية أن يتمسك بحقه فى الرهن ولو كان الراهن لا يملك التصرف فى الشىء المرهون ، كما يجوز من جهة أخرى لكل حائز حسن النية أن يتمسك بالحق الذى كسبه على الشىء المرهون ولو كان ذلك لاحقا لتاريخ الرهن .

التقنين العراقى : لا شىء .

تقنين الملكية العقارية اللبنانى : لا شىء .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٦٤ .

أحكامه مع أحكام قاعدة قانونية أخرى ، وهى « الحيازة فى المنقول سند الملكية » . ويظهر هذا التعارض من وجهين ، إذ تقول الفقرة الثانية من المادة ١١١٨ مدنى ما يأتى : « وبوجه خاص يكون للمرتهن ، إذا كان حسن النية ، أن يتمسك بحقه فى الرهن ولو كان الراهن لا يملك التصرف فى الشىء المرهون ، كما يجوز من جهة أخرى لكل حائز حسن النية أن يتمسك بالحق الذى كسبه على الشىء المرهون ولو كان ذلك لاحقاً لتاريخ الرهن » .

ويتبين من ذلك أن هذين الوجهين هما :

١ - إذا كان الراهن لا يملك التصرف فى الشىء المرهون بأن كان لا يملك المنقول ورهنه على أنه هو المالك له ، أو كان الراهن لا أهلية له فى رهن المنقول بأن كان صغيراً أو محجوراً عليه وزعم للمرهون له أنه بالغ سن الرشد غير محجور عليه . فإذا كان المرهون له حسن النية ، واعتقد أن الراهن مالك للمنقول المرهون أو أنه يملك رهنه لأنه بالغ غير محجور عليه ، فإن حق الرهن يترتب مع ذلك ، بالرغم من أن الراهن لا يستطيع أن يرتبه . وهو يترتب ، لا بعقد الرهن لأن هذا العقد صادر ممن لا يملك الرهن ، بل بقاعدة الحيازة فى المنقول فإن المرهون له حسن النية فلك الرهن فى المنقول بالحيازة .

٢ - إذا كان الراهن يملك رهن المنقول ورهنه ، وزعم المرهون له وهو حائز للمنقول أن هذا المنقول ملكه وباعه لشخص حسن النية ، فإن المنقول المرهون تنتقل ملكيته للمشترى ، لا بعقد البيع لأن المرهون له غير مالك فلا يستطيع أن ينقل الملكية بالبيع ، ولكن بالحيازة لأن المشترى وقت أن اشترى وحاز كان حسن النية والحيازة فى المنقول سند الملكية . ويجوز أيضاً أن المرهون له لا يبيع المنقول ولكن يؤجره ، فيعمد المستأجر إلى الظهور أمام الناس بأنه مالك للمنقول لا مستأجر إياه ، ويبيع المنقول باعتباره مالكاً إياه إلى مشتر حسن النية اعتقد أن المستأجر مالك وحائز المنقول .

عند ذلك تنتقل ملكية هذا المنقول إلى المشترى ، ولكن لا بعقد البيع لأن البيع صادر من مستأجر ، بل بالقاعدة التى تقضى بأن الحيازة فى المنقول سند الملكية .

٦٤٥ — طلب المرتهن أو الراهن الترخيص له فى بيع المنقول المهدد بالهلاك أو التلف وانتقال الرهن من المنقول إلى ثمنه — نص قانونى : المادة ١١١٩ مدنى على ما يأتى :

« ١ — إذا كان الشىء المرهون مهدداً بالهلاك أو التلف أو نقص القيمة بحيث يخشى أن يصبح غير كاف لضمان حق الدائن ، ولم يطلب الراهن رده إليه مقابل شىء آخر يقدم بدله ، جاز للدائن أو الراهن أن يطلب من القاضى الترخيص له فى بيعه بالمزاد العلنى أو بسعره فى البورصة أو السوق » .

« ٢ — ويفصل القاضى فى أمر إيداع الثمن عند الترخيص فى البيع ، وينتقل حق الدائن فى هذه الحالة من الشىء إلى ثمنه »(١) .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٥٦٠ من المشروع التمهيدى . وعدلته لجنة المراجعة تعديلا لفظيا ، ثم وافقت عليه تحت رقم ١٢٢٣ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب بعد تعديله تعديلا لفظيا بسيطا ، تحت رقم ١٢٠٨ . ووافق عليه مجلس الشيوخ ، تحت رقم ١١١٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٥٨ — ص ٢٦٠) .

التقنين المدنى السابق : لا مقابل .

التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين السورى م ١٠٤٠ : ١ — للراهن أيضاً أن يحتج بتعيب المرهون أو بنقص قيمته ، فيستصدر إذناً من القاضى فى البيع . . . ٢ — ويمكنه إذا شاء أن يطلب رد المرهون لقاء تقديمه تأميناً آخر يراه القاضى كافيا .

التقنين الليبى م ١١٢٣ : ١ — إذا كان الشىء المرهون مهدداً بالهلاك أو التلف أو نقص القيمة بحيث يخشى أن يصبح غير كاف لضمان حق الدائن ولم يطلب الراهن رده إليه مقابل شىء آخر يقدم بدله ، جاز للدائن أو للراهن أن يطلب من القاضى الترخيص له فى بيعه بالمزاد العلنى أو بسعره فى البورصة أو السوق . ٢ — ويفصل القاضى فى أمر إيداع الثمن عند الترخيص فى البيع ، وينتقل حق الدائن فى هذه الحالة من الشىء إلى ثمنه .

التقنين العراقى : لا شىء .

تقنين الملكية العقارية اللبنانى : لا شىء .

وجاء فى مذكرة المشروع التمهيدى ، فى خصوص هذا النص ، ما يأتى :

« ويصل اليسر فى بيع المنقول أن يباع قبل حلول الدين . وهذا جائز فى حالتين :

(أ) إذا دعت الضرورة إلى ذلك بأن كان المنقول مهدداً أن يصيبه هلاك أو تلف أو نقص فى القيمة ، ولم يطلب الراهن أن يستبدل به شيئاً آخر ، فيجوز للمرتهن أن يطلب الترخيص فى بيعه بالمزاد أو بسعره فى البورصة أو السوق ، وينتقل حق الرهن إلى الثمن ، وينظر القاضى فى إيداعه فقد يودع فى مصرف أو عند الدائن .

(ب) . . . . »(1) .

ويتبين من ذلك أنه قد توجد حاجة إلى بيع الشىء المرهون قبل حلول أجل الدين ، وقبل انقضاء الرهن . ويكون ذلك مثلا بأن يكون الشىء المرهون مهدداً بالهلاك أو التلف أو بأن تنقص قيمته نقصاً كبيراً بحيث يصبح بعد نقص قيمته غير كاف لضمان الدين كما كان يضمنه من قبل . وكان الراهن يستطيع فى هذه الحالة أن يطلب رد المنقول على أن يقدم بدلا منه تأميناً آخر ، فلم يفعل .

عند ذلك لا يجوز ترك المنقول المرهون معرضاً للهلاك أو التلف أو نقص القيمة ، وقد يهلك أو يتلف أو تنقص قيمته نقصاً كبيراً قبل أن يحل الدين .

فأعطى القانون للدائن المرتهن ، وللراهن ، أن يطلب أى منهما الترخيص له فى بيع المنقول ، قبل حلول أجل الدين ، إما بالمزاد العلنى ، أو بسعره فى البورصة إن كان ورقاً مالياً ، أو بسعره فى السوق إن كان سلعة .

فإذا رخص القاضى فى بيع المنقول على هذا الوجه ، بعد التحقق من

---

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٦٥ .

الخطر الذى يتعرض له المنقول من عدم بيعه ، نظر القاضى عند الترخيص فى بيع المنقول أين يودع ثمنه حتى يحل أجل الدين ، فيتقاضى الدائن المرتهن الدين الذى له من الثمن :

أيودع الثمن فى أحد المصارف لحساب المرتهن والراهن ؟

أم يودع الثمن عند الدائن المرتهن ، حتى يتقاضى حقه منه عند حلول أجل الدين ؟

أم يودع الثمن خزانة المحكمة ، حتى توزعه بين المرتهن والراهن عند حلول أجل الدين ؟

أم يودع الثمن مكاناً آخر ؟

وفى جميع الأحوال ، متى بيع المنقول المرهون وتحول إلى ثمن ، حل الثمن حلولا عينياً محل المنقول ، ومن ثم يتحول الرهن من المنقول إلى ثمنه .

٦٤٦ — طلب الراهن الترخيص له فى بيع المنقول كصفقة رابحة قبل حلول أجل الدين — نص قانونى : نصت المادة ١١٢٠ مدنى على ما يأتى :

« يجوز للراهن إذا عرضت فرصة لبيع الشىء المرهون وكان البيع فرصة رابحة ، أن يطلب من القاضى الترخيص له فى بيع هذا الشىء ، ولو كان ذلك قبل حلول أجل الدين ، ويحدد القاضى عند الترخيص شروط البيع ويفصل فى أمر إيداع الثمن »[1] .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٥٦١ من المشروع التمهيدى . وأقرته لجنة المراجعة بعد أن أضافت عبارة « وكان البيع صفقة رابحة » ، تحت رقم ١٢٢٤ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٢٠٩ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١١٢٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٦٠ – ٢٦١) .

التقنين المدنى السابق : لا مقابل .

التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين السورى م ١٠٤١ : ١ – إذا سنحت فرصة موافقة لبيع المرهون ، فيحق للراهن =

وقد جاء فى مذكرة المشروع التمهيدى ، فى خصوص هذا النص ، ما يأتى :

« ويصل اليسر فى بيع المنقول أن يباع قبل حلول الدين ، وهذا جائز فى حالتين :

(أ) ....

(ب) إذا تحقق نفع من بيع المنقول ، بأن وجدت فرصة ملائمة فيرخص القاضى فى البيع ، ويضع الشروط ، ويفصل فى إيداع الثمن »[1] .

ويتبين من النص سالف الذكر أنه يجوز بيع المنقول المرهون ، ولو قبل حلول أجل الدين ، لا دفعاً لضرر كما فى الحالة السابقة (م ١١١٩ مدنى) ، بل جلباً لنفع .

فقد تعرض فرصة طيبة لبيع المنقول المرهون يخشى أن تضيع ، كأن يظهر راغب فى شراء المنقول بثمن عال ، وقد يكون ذلك قبل حلول أجل الدين .

فإذا تروخى فى بيع المنقول ، فقد تضيع هذه الفرصة ، وقد لا تتجدد :

لذلك أعطى القانون للراهن وحده ، دون المرتهن ، الحق فى أن يطلب من القاضى أن يرخص له فى بيع المنقول المرهون ، ولو كان ذلك قبل حلول أجل الدين المضمون بالرهن ، حتى يستطيع الراهن أن ينتفع بهذه الفرصة الطيبة .

= أن يطلب من القاضى ترخيصا فى البيع . ٢ – وإذا منح القاضى هذا الترخيص ، قرر شروط البيع وإيداع الثمن .

التقنين الليبى م ١١٢٤ : يجوز للراهن إذا عرضت فرصة لبيع الشىء المرهون وكان البيع صفقة رابحة ، أن يطلب من القاضى الترخيص له فى بيع هذا الشىء ، ولو كان ذلك قبل حلول أجل الدين ، ويحدد القاضى عند الترخيص شروط البيع ويفصل فى أمر إيداع الثمن .

التقنين العراقى : لا شىء .

تقنين الملكية العقارية اللبنانى : لا شىء .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٦٥ .

وعند ذلك ينظر القاضى فى هذا الطلب ، فإذا تحقق من أن هذه فرصة طيبة لبيع المنقول المرهون ، رخص للراهن فى البيع ، وفصل مع الترخيص فى البيع فى أمرين : (١) تحديد شروط البيع ، فقد يحدد شروطاً للبيع تجعله مجزياً ومحققاً للفرصة الطيبة . (٢) الفصل فى أمر إيدع الثمن ، وبخاصة إذا كان البيع قبل حلول أجل الدين المضمون بالرهن ، فقد يجعل إيداعه عند الدائن المرتهن أو فى خزانة المحكمة أو فى أحد المصارف .

وبديهى أنه عند بيع المنقول وقبض الثمن ، يتحول الرهن من المنقول إلى ثمنه الذى حل محله حلولا عينياً .

٦٤٧ — طلب الدائن المرتهن عند حلول أجل الدين الترخيص له فى بيع المنقول أو الأمر بتمليكه إياه بثمنه بحسب تقدير الخبراء — نص قانونى :

نصت المادة ١١٢١ مدنى على ما يأتى :

« يجوز للدائن المرتهن ، إذا لم يستوف حقه ، أن يطلب من القاضى الترخيص له فى بيع الشىء المرهون بالمزاد العلنى أو بسعره فى البورصة أو السوق » .

« ٢ — ويجوز له أيضاً أن يطلب من القاضى أن يأمر بتمليكه الشىء وفاء للدين ، على أن يحسب عليه بقيمته بحسب تقدير الخبراء »[1].

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٥٦٢ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . وأقرته لجنة المراجعة ، تحت رقم ١٢٢٥ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٢١٠ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١١٢١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٦٢ — ص ٢٦٣) .

التقنين المدنى السابق : لا مقابل .

التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين السورى م ١٠٤٣ : ١ — للدائن عند عدم الإيفاء أن يطلب من القاضى ترخيصاً فى بيع المرهون ، إما بالمزاد العلنى أو بسعر البورصة أو السوق إذا وجدتا . ٢ — وله أيضاً —

وقد ورد فى مذكرة المشروع التمهيدى ، فى خصوص هذا النص ، ما يأتى :

« المنقول المرهون حيازة بيعه فى الدين أيسر من بيع العقار . إذ يجوز للمرتهن أن يطلب بيع المنقول بسعره فى البورصة أو فى السوق ، فيتجنب بذلك إجراءات البيع الجبرى . بل يجوز له دون رضاء الراهن أن يطلب من القاضى تمليكه المنقول وفاء للدين ، على أن تحسب قيمته حسب تقدير القضاء . وهذا هو شرط التمليك عند عدم الوفاء ، وقد تقدم أنه يجوز بعد حلول الدين بشرط رضاء الراهن ، أما فى المنقول فرضاء الراهن غير ضرورى وللقاضى أن يأمر بالتمليك »[1] .

وظاهر من النص سالف الذكر أننا قد وصلنا إلى آخر الشرط ، وأن الدين المضمون بالرهن قد حل أجله ، وأن الدائن المرتهن لم يستوفه ، وأنه يسعى الآن لاستيفاء الدين الذى له ولو ببيع المنقول المرهون .

فإذا وصلنا إلى هذا الحد ، فإنه يجوز للدائن المرتهن أن يطلب من القاضى الترخيص له فى بيع لمنقول .

وهذه إجراءات تختلف بعض الشىء عن إجراءات التنفيذ الجبرى ،

= أن يطلب من القاضى إصدار أمر باستيفاء المرهون له ، لإيفائه بقدر دينه بناء على تخمين الخبراء .

٣ – ويقع باطلا كل اتفاق يجيز للدائن أن يتملك المرهون أو يتصرف فيه بدون إجراء المعاملات المتقدم ذكرها .

التقنين الليبى م ١١٢٥ : ١ – يجوز للدائن المرتهن إذا لم يستوف حقه أن يطلب من القاضى الترخيص له فى بيع الشىء المرهون بالمزاد العلنى أو بسعره فى البورصة أو السوق .

٢ – ويجوز له أيضاً أن يطلب من القاضى أن يأمر بتمليكه الشىء وفاء للدين ، على أن يحسب عليه بقيمته بحسب تقدير الخبراء .

التقنين العراقى : لا شىء .

تقنين الملكية العقارية اللبنانى : لا شىء .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٦٥ .

لأن المنقول المرهون قد تتبع فيه إجراءات أخف من الإجراءات التى تتبع فى التنفيذ الجبرى على العقار .

فيجوز للدائن المرتهن أولا أن يطلب من القاضى الترخيص له فى بيع المنقول المرهون بالمزاد العلنى . فإذا أذن له فى ذلك ، باعه بالمزاد العلنى ، وتقاضى الدين الذى له من الثمن .

ويجوز للدائن المرتهن ثانياً أن يطلب من القاضى الترخيص له فى بيع المنقول المرهون ، لا بالمزاد العلنى ، بل بيعاً ودياً بسعر المنقول فى البورصة أو فى السوق ، إن كان الشيء المرهون ورقاً مالياً أو سلعاً . فإذا رخص له القاضى فى البيع على هذا النحو ، تقاضى الدائن المرتهن الدين الذى له من الثمن الذى قبضه ، ورد الباقى إلى الراهن .

ويجوز للدائن المرتهن ثالثاً أن يطلب من القاضى تمليكه المنقول المرهون وفاء للدين ، على أن يحسب ثمن المنقول بحسب تقدير الخبراء وقت البيع ، فإن بقى فى ذمته شيء من الثمن بعد استيفائه الدين الذى له دفعه إلى الراهن ؛ ويلاحظ أن هذا هو شرط التملك عند عدم الوفاء فى صورته المحللة ، وهى بعد حلول الدين المضمون بالرهن ، ولا يشترط فى المنقول رضاء الراهن ، ويكفى ترخيص القاضى فى تمليك المنقول للدائن المرتهن وهذا الترخيص من القاضى يقوم مقام رضاء الراهن .

وفى أية طريقة من هذه الطرق الثلاث ، يحصل الدائن المرتهن على ثمن المنقول ، فإن بقى من هذا الثمن شيء يزيد على حق الدائن المرتهن ، دفعه الدائن المرتهن إلى الراهن .

٦٤٨ — وجوب عدم التعارض مع الأحكام الخاصة بالرهن التجارى وبيوت التسليف وأحوال خاصة فى رهن المنقول — نص قانونى : نصت المادة ١١٢٢ مدنى على ما يأتى :

« تسرى الأحكام المتقدمة بالقدر الذى لا تتعارض فيه مع أحكام القوانين التجارية ، والأحكام الخاصة ببيوت التسليف المرخص لها فى الرهن ، وأحكام القوانين واللوائح المتعلقة بأحوال خاصة فى رهن المنقول[1] » .

وجاء فى مذكرة المشروع التمهيدى ، فى خصوص هذا النص ، ما يأتى :

« هناك أحكام خاصة برهن المنقول فى حالات معينة ، أهمها الأحكام المتعلقة ببيوت التسليف المرخص لها فى الرهن والأحكام المتعلقة بالرهن التجارى »[2].

والنص السالف الذكر يلفت النظر إلى أن الأحكام المتقدمة فى رهن المنقول يجب عدم العمل بها إذا تعارضت مع أحكام الرهن التجارى أو مع أحكام بيوت التسليف المرخص لها فى الرهن ، والأحكام المتعلقة بأحوال خاصة فى رهن المنقول .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٥٦٣ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة ، تحت رقم ١٢٢٦ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٢١١ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١١٢٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٦٤ – ص ٢٦٦) .

التقنين المدنى السابق : لا مقابل .

التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين السورى : لا شىء .

التقنين الليبى م ١١٢٦ : تسرى الأحكام المتقدمة بالقدر الذى لا تتعارض فيه مع أحكام أحكام القوانين التجارية والأحكام الخاصة ببيوت التسليف المرخص لها فى الرهن وأحكام القوانين واللوائح المتعلقة بأحوال خاصة فى رهن المنقول .

التقنين العراقى : لا شىء .

تقنين الملكية العقارية اللبنانى : لا شىء .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٦٥ .

وهذه هى إما قوانين تجارية لا شأن لنا بها هنا ، أو أحكام خاصة برهن المنقول .

ونذكر على سبيل المثال الأمر العالى بشأن البيوت المالية المشتغلة بتسليف النقود على رهونات والصادر فى ٢٣ مارس سنة ١٩٠١ ، والقانون رقم ٢٨ لسنة ١٩٤٠ الخاص بالرهن الحيازى الذى يعقد لبنك التسليف الزراعى المصرى .

أما قانون ٢٣ مارس سنة ١٩٠١ ، فتقضى المادة الأولى منه بأنه لايجوز إنشاء بيت مالى لتسليف النقود على رهونات إلا بإذن الحكومة ، إلا ما استثناه هذا القانون . وتقضى المادة ٢ بأن تصدر الرخصة من نظارة الداخلية ، وتقضى المادة ٤ بأنه عند تسليم النقود إلى المستلف يعطى له وصل يشتمل على بيانات معينة ، وتقضى المادة ٦ أن تكون السلفيات لمدة ثلاثة شهور أو ستة شهور ويجوز تجديدها باتفاق المسالف والمستلف ، وتقضى المادة ٧ بأنه فى حالة عدم الدفع عند حلول الميعاد تباع الأشياء المرهونة طبقاً للقواعد المقررة فى القانون بخصوص الرهن التجارى ، وتقضى المادة ٨ بأنه إذا زاد المبلغ المتحصل من البيع على المستحق على المستلف من رأس مال وفوائد وعوائد حفظ ومصاريف بيع فتحفظ الزيادة تحت طلبه مدة ثلاث سنوات بدون فائدة فإذا لم يطلبها فى الميعاد المذكور صارت حقاً للمسلف .

وأما قانون رقم ٢٨ لسنة ١٩٤٠ ، فتقضى المادة الأولى منه بأن يكون الرهن الزراعى (gage agricol) الذى يعقد لبنك التسليف الزراعى المصرى صحيحاً ولو لم يكن للمكتوب الذى يدون فيه العقد تاريخ ثابت ، ويكون الرهن صحيحاً ولو بقيت الحاصلات الزراعية المرتهنة لصالح البنك فى مخازن مدينه الخاصة ، وإنما يشترط أن تختم أبواب تلك المخازن بالشمع وأن تعلق عليها بطريقة ظاهرة ألواح يثبت فيها اسم البنك .

المبحث الثالث

رهن الدين

٦٤٩ — المواد الخاصة برهن الدين : أورد المشرع سبع مواد خاصة برهن الدين ، نخصص لكل منها فقرة ، وهذه هى :

١ — م ١١٢٣ وهى خاصة بنفاذ رهن الدين فى حق المدين وفى حق الغير .

٢ — م ١١٢٤ وهى خاصة برهن السندات الإسمية والسندات الإذنية .

٣ — م ١١٢٥ وهى خاصة بعدم جواز رهن الدين غير القابل للحوالة أو للحجز .

٤ — م ١١٢٦ وهى خاصة بحقوق والتزامات الدائن المرتهن للدين .

٥ — م ١١٢٧ وهى خاصة بدفوع المدين فى الدين المرهون .

٦ — م ١١٢٨ وهى خاصة بحلول الدين المرهون قبل حلول الدين المضمون بالرهن .

٧ — م ١١٢٩ وهى خاصة بحلول الدين المرهون وحلول الدين المضمون بالرهن .

٦٥٠ — نفاذ رهن الدين فى حق المدين وفى حق الغير — نص قانونى : وقد نصت المادة ١١٢٣ مدنى على ما يأتى :

« ١ — لا يكون رهن الدين نافذاً فى حق المدين إلا بإعلان هذا الرهن إليه ، أو بقبوله له ، وفقاً للمادة ٣٠٥ » .

« ٢ — ولا يكون نافذاً فى حق الغير إلا بحيازة المرتهن لسند الدين

المرهون ، وتحسب للرهن مرتبته من التاريخ الثابت للإعلان أو القبول »[1].

وجاء في مذكرة المشروع التمهيدي ، في خصوص هذا النص ، ما يأتي :

« يقع الرهن الحيازي على الدين باعتباره منقولا ، غير أن الرهن في هذه الحالة تتحور بعض أحكامه بما يتفق مع طبيعة الدين . فمن ناحية انعقاد الرهن ونفاذه يكون رهن الدين بإيجاب وقبول من الراهن والمرتهن ، ولكنه لا ينفذ في حق المدين للراهن إلا بإعلانه أو قبوله كما هو الأمر في حوالة

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٥٦٤ من المشروع التمهيدي ، على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . وأقرته لجنة المراجعة ، تحت رقم ١٢٢٧ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٢١٢ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١١٢٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٦٧ – ص ٢٦٨) .

التقنين المدني السابق م ٥٤٩ / ٦٧٣ : لا يصح رهن المنقول بالنسبة لغير المتعاقدين إلا إذا كان بسند ذي تاريخ ثابت بوجه رسمي يشتمل على بيان المبلغ المرهون عليه وبيان الشيء المرهون بيانا كافيا ، ويحصل رهن الدين بتسليم سنده ورضا المدين كالمقرر في المادة ٣٤٩ فيما يتعلق بالحوالة بالدين ، وكل هذا مع عدم الإخلال بالأصول المقررة في التجارة .

التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين السوري م ١٠٤٧ : ١ – لا يترتب الامتياز على الدين المقدم تأمينا إلا إذا أبلغ المدين إنشاء الرهن أو رضي به في سند ثابت التاريخ . ٢ – . . . . . ٣ – وإذا كان الدين المقدم تأمينا يجاوز مائة ليرة سورية ، فإن الامتياز لا يترتب إلا إذا كان الرهن مثبتا بسند رسمي أو بسند عادي ثابت التاريخ .

التقنين الليبي م ١١٢٧ : لا يكون رهن الدين نافذا في حق المدين إلا بإعلان هذا الرهن إليه أو بقبوله له وفقا للمادة ٢٩٢ . ٢ – ولا يكون نافذا في حق الغير إلا بحيازة المرتهن سند الدين المرهون ، وتحسب للرهن مرتبته من التاريخ الثابت للإعلان أو القبول .

التقنين العراقي م ١٣٥٤ : لا يكون رهن الدين تاماً إلا بحيازة المرتهن لسند الدين المرهون ، ولا يكون نافذا في حق المدين إلا بإعلان هذا الرهن إليه أو بقبوله إياه . وتحسب للرهن مرتبته من التاريخ الثابت لتبليغ الإعلان أو القبول .

تقنين الملكية العقارية اللبناني : لا شيء .

الدين . ولا يكون الرهن نافذاً فى حق الغير إلا بحيازة المرتهن للدين ، ويكون ذلك بحيازة سند الدين . وتحسب مرتبة الرهن بالتاريخ الثابت للإعلان أو القبول . . . . وتعتبر السندات لحاملها كالمنقولات المادية ، وتجرى عليها أحكام هذه المنقولات »[1] .

ويتبين من النص سالف الذكر أن رهن الدين يجب أن يكون نافذاً فى حق المدين فى الدين المرهون ، ويكون ذلك بإعلان الرهن إليه أو بقبوله إياه كما فى حوالة الدين . ويكون للإعلان أو للقبول تاريخ ثابت ، إذ هذا التاريخ الثابت يحدد للرهن مرتبته .

ويجب أيضاً أن يكون نافذاً فى حق الغير ، ويكون ذلك بحيازة الدائن المرتهن لسند الدين ، فالدين غير المكتوب فى سند لا يجوز رهنه .

وتعتبر السندات لحاملها بمثابة المنقولات المادية ، فتداولها يحصل بتسليمها فلا يشترط فى رهنها شرط غير تسليم السند[2] . وعلى ذلك يجب ، لنفاذ رهنها فى حق الغير ، إلى جانب انتقال الحيازة ، أن يدون الرهن فى ورقة ثابتة التاريخ يبين فيها الحق المضمون بالرهن والمال المرهون بياناً كافياً (م ١١١٧)[3] .

٦٥١ — رهن السندات الاسمية والسندات الإذنية — نص قانونى :

وقد نصت المادة ١١٢٤ مدنى على ما يأتى :

« السندات الإسمية والسندات الإذنية يتم رهنها بالطريقة الخاصة التى رسمها القانون لحوالة هذه السندات ، على أن يذكر أن الحوالة قد تمت على

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٧١ .

(٢) بودرى ودى لوان فقرة ٦٤ — جوسران ٢ فقرة ١٥٢٦ — دى هلتس فقرة ٤٥ — جرانمولان فقرة ١٤٢ .

(٣) محمد كامل مرسى فقرة ٣٦١ .

سبيل الرهن ويتم الرهن دون حاجة إلى إعلان »[١].

وجاء فى مذكرة المشروع التمهيدى ، فى خصوص هذا النص ، ما يأتى :

« أما فى السندات الإسمية والسندات الإذنية ، فإن الرهن يتم بالطريقة الخاصة لحوالة هذه السندات ، أى بالقيد فى سجلات الشركة للسندات الإسمية والتظهير للسندات الإذنية ، على أن يذكر أن الحوالة تمت على سبيل الرهن »[٢] .

والنص السالف الذكر يتكلم فى رهن السندات الاسمية والسندات الإذنية ، فيجعل رهنها كحوالتها بالقيد فى سجلات الشركة فى السندات الاسمية وبالتظهير فى السندات الإذنية ، على أن يذكر فى الحالتين أن الحوالة قد تمت على

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٥٦٥ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . وأقرته لجنة المراجعة ، تحت رقم ١٢٢٨ فى المشروع النهائى . وأقره مجلس النواب تحت رقم ١١٢٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٦٩ – ص ٢٧٠) .

التقنين المدنى السابق : لا مقابل .

التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين السورى م ١٠٤٧ / ٢ : أما الأسناد الرسمية أو المحررة « لأمر » ، فإن رهنها يتم على طريقة النقل الخاص المعين فى قانون التجارة ، مع إيضاح مفاده أن النقل أجرى على سبيل التأمين ولا يحتاج إلى إبلاغ .

التقنين الليبى م ١١٢٨ : السندات الاسمية والسندا الأذنية يتم رهنها بالطريقة الخاصة التى رسمها القانون لحوالة هذه السندات ، على أن يذكر أن الحوالة قد تمت على سبيل الرهن ، ويتم الرهن دون حاجة إلى إعلان .

التقنين العراقى م ١٣٥٥ : السندات الاسمية والسندات لأمر يتم رهنها بالطريقة التى رسمها قانون التجارة لحوالة هذه السندات ، على أن يذكر أن الحوالة قد تمت على سبيل الرهن . وينفذ الرهن دون حاجة إلى إعلان .

تقنين الملكية العقارية اللبنانى : لا شىء .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٧١ .

سبيل الرهن . فيتم الرهن بذلك ، دون حاجة إلى إعلان المدين فى هذه السندات بالرهن .

٦٥٢ – عدم جواز رهن الدين غير القابل للحوالة أو للحجز — نص قانونى : وقد نصت المادة ١١٢٥ مدنى على ما يأتى :

« إذا كان الدين غير قابل للحوالة أو للحجز ، فلا يجوز رهنه »[1] .

وجاء فى مذكرة المشروع التمهيدى ، فى خصوص هذا النص ، ما يأتى :

« يشترط فى الدين حتى يمكن رهنه أن يكون قابلا للحوالة وللحجز ، فلا يجوز الرهن فى دين النفقة ولا المعاش ولا الديون الأخرى التى لا يجوز الحجز عليها »[2].

ويتبين من النص سالف الذكر أن الدين حتى يجوز رهنه يجب أن يكون قابلا للحجز عليه ولحوالته ، حتى يمكن التنفيذ عليه إذا ما رهن .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٥٦٦ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . وأقرته لجنة المراجعة ، تحت رقم ١٢٢٩ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١٢٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٧٠ – ٢٧٢) .

التقنين المدنى السابق : لا مقابل .

التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين السورى : لا شىء .

التقنين الليبى م ١١٢٩ : إذا كان الدين غير قابل للحوالة أو للحجز أو للرهن الاستحقاق ، فلا يجوز رهنه .

التقنين العراقى م ١٣٥٥ مكررة : إذا كان الدين غير قابل للحوالة أو للحجز ، فلا يجوز رهنه .

تقنين الملكية العقارية اللبنانى : لا شىء .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٧١ .

فالدين غير القابل للحجز عليه ، أو غير القابل للحوالة ، لا يجوز رهنه .

وعلى ذلك لا يكون جائزاً رهنه دين النفقة ولا دين المعاش ، لأن هذين الدينين لا يجوز الحجز عليهما .

وقد كان المشروع التمهيدي يتضمن نص المادة ١٥٦٧ ، وكانت تجرى على الوجه الآتى : « الدين المرهون لا يجوز أن ينقضى بالاتفاق إلا إذا قبل الدائن المرتهن ، وكذلك الأمر فى كل تعديل يتناول هذا الدين ويكون من شأنه أن يضر بحق الرهن » . فالاتفاق على انقضاء الدين المرهون ، والنزول عنه ، وتخفيض قيمته بحيث يصبح أقل من الدين المضمون بالرهن ، كل هذا لا يجوز إلا بقبول الدائن المرتهن . وهذا الحكم واضح وتمليه القواعد العامة ، لذلك لما عرض هذا النص على لجنة المراجعة ، حذفته اللجنة اكتفاء بالقواعد العامة .

ومما جاء فى مذكرة المشروع التمهيدى ، فى خصوص هذا النص المحذوف ، ما يأتى : « ويخالف الضمان (ضمان الرهن للدين) أن ينهى الراهن الدين المرهون بدون موافقة المرتهن ، كأن يبرئ المدين أو يجدد الدين أو يدخل أى تعديل فيه من شأنه أن يضر بحقوق المرتهن كأن يتنازل عن الفوائد أو ينقص منها أو يمد الأجل أو يتنازل عن رهن يضمن الدين المرهون »[1] .

٦٥٣ — حقوق والتزامات الدائن المرتهن للدين — نص قانونى : وقد نصت المادة ١١٢٦ مدنى على ما يأتى :

« ١ — للدائن المرتهن أن يستولى على الفوائد المستحقة عن الدين المرهون والتى تحل بعد الرهن ، وكذلك له أن يستولى على كل الاستحقاقات الدورية التى لهذا الدين ، على أن يخصم ما يستولى عليه من المصروفات ثم من الفوائد ثم من أصل الدين المضمون بالرهن ، كل هذا ما لم يتفق على غيره » .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٧٣ .

« ٢ – ويلتزم الدائن المرتهن بالمحافظة على الدين المرهون ، فإذا كان له أن يقتضي شيئاً من هذا الدين دون تدخل من الراهن ، كان عليه أن يقتضيه في الزمان والمكان المعينين للاستيفاء وأن يبادر بإخطار الراهن بذلك »[1] .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٠٦٨ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . وأقرته لجنة المراجعة ، تحت رقم ١٢٣٠ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٢١٥ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١١٢٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٧٢ – ص ٢٧٤) .

التقنين المدني السابق : لا مقابل .

التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين السوري م ١٠٤٨ : ١ – من ارتهن ديناً يلزمه أن يستوفي الفوائد وسائر التكاليف المؤقتة التي تختص بهذا الدين وتستحق في أثناء مدة الرهن ، على أن تخصم أولا من النفقات ثم من الفوائد ثم من رأس المال المؤمن عليه .

٢ – ويجب على الدائن أيضاً صيانة الدين المقدم تأميناً .

التقنين الليبي : م ١١٣٠ : ١ – للدائن المرتهن أن يستولي على الفوائد المستحقة من الدين المرهون والتي تحل بعد الرهن ، وكذلك كل الاستحقاقات الدورية التي لهذا الدين ، على أن يخصم ما يستولي عليه من المصروفات ثم من الفوائد ثم من أصل الدين المضمون بالرهن ، كل هذا ما لم يتفق على غيره . ٢ – ويلتزم الدائن المرتهن بالمحافظة على الدين المرهون ، فإذا كان له أن يقتضي شيئاً من هذا الدين دون تدخل من الراهن ، كان عليه أن يقتضيه في الزمان والمكان المعينين للاستيفاء وأن يبادر بإخطار الراهن بذلك .

التقنين العراقي م ١٣٥٧ : ١ – للمرتهن أن يستولي على الفوائد المستحقة من الدين المرهون والتي تحل بعد الرهن ، وله أن يستولي على كل الاستحقاقات الدورية التي لهذا الدين ، على أن يخصم ما يستولي عليه من الدين الموثق بالرهن وفقاً للأحكام الواردة في المادة ١٣٤٠ . ٢ – ويلتزم المرتهن بالمحافظة على الدين المرهون ، فإذا كان له أن يقتضي شيئاً من هذا الدين دون تدخل من الراهن ، فعليه أن يقتضيه في الزمان والمكان المحددين للاستيفاء أن يبادر بإعلان الراهن بذلك .

تقنين الملكية العقارية اللبناني : لا شيء .

وقد جاء فى مذكرة المشروع التمهيدى ، فى خصوص هذا النص ، ما يأتى :

« التزامات الراهن والمرتهن فى رهن الدين هى نفس التزاماتهما فى رهن الأشياء الأخرى . فيجب على الراهن أن يسلم سند الدين ، وأن يرتب حق الرهن ، وأن يضمنه . . . ويلزم المرتهن أن يحافظ على الدين ، فيقطع التقادم ، ويقيد رهناً يضمن الدين المرهون ويجدد القيد ، ويقتضى الدين فى الزمان والمكان المحددين ويبادر بإخطار الراهن بذلك ؛ وللمرتهن أن يقبض غلة الدين ، فيستولى على الفوائد التى تحل بعد الرهن وعلى كل الاستحقاقات الدورية الأخرى ، ويخصم ذلك مما هو مستحق له بالترتيب الذى تقدم ذكره . ويلزم المرتهن أيضاً برد الدين (أو سنده إذا كان لم يحل بعد استيفاء حقه)[1] .

ويؤخذ من النص سالف الذكر أن على الراهن والمرتهن ، فى رهن الدين ، نفس الالتزامات التى على الراهن والمرتهن فى الأشياء الأخرى .

فعلى الراهن أن يسلم سند الدين ، وأن يرتب حق الرهن وأن يضمنه . وعلى المرتهن أن يحافظ على الدين ، فيقطع تقادمه ، وأن يقتضى الدين فى الزمان والمكان المحددين وأن يبادر إلى إخطار الراهن بذلك .

وإذا كانت هناك فوائد أو استحقاقات دورية مستحقة على الدين ، بادر الدائن المرتهن إلى الاستيلاء عليها ، وخصمها من المصروفات ، ثم من الفوائد ، ثم من أصل الدين الذى له ، ما لم يتفق على غير ذلك .

ثم على الدائن المرتهن أن يحافظ على الدين المرهون ، وإذا كان له أن يقتضى منه شيئاً اقتضاه فى الزمان والمكان المحددين ، وبادر إلى إخطار الراهن بذلك .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٧٣ – ص ٢٧٤ .

٦٥٤ – دفوع المدين فى الدين المرهون – نص قانونى : ونصت المادة ١١٢٧ مدنى على ما يأتى :

« يجوز للمدين فى الدين المرهون أن يتمسك قبل الدائن المرتهن بأوجه الدفع المتعلقة بصحة الحق المضمون بالرهن ، وكذلك بأوجه الدفع التى تكون له قبل دائنه الأصلى ، كل ذلك بالقدر الذى يجوز فيه للمدين فى حالة الحوالة أن يتمسك بهذه الدفوع قبل المحال إليه »[1] .

وقد جاء فى مذكرة المشروع التمهيدى ، فى خصوص هذا النص ، ما يأتى :

« ١ – للمدين فى الدين المرهون أن يتسمك قبل الدائن المرتهن بأوجه الدفع المتعلقة بصحة الحق المضمون بالرهن . فلو كان العقد الذى نشأ عنه

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٥٦٩ من المشروع التمهيدى . وأقرته لجنة المراجعة بعد تعديلات لفظية ، تحت رقم ١٢٣١ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٢١٦ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١١٢٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٧٥ – ص ٢٧٧) .

التقنين المدنى السابق : لا مقابل .

التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين السورى م ١٠٥٢ : المدين بالدين المقدم تأميناً أن يتمسك قبل الدائن المرتهن بأوجه الدفع المختصة بصحة الدين ، وبأوجه الدفع التى يحق له التمسك بها قبل دائنه الخاص بقدر ما لمدين أن يتمسك بها قبل شخص متفرغ له .

التقنين الليبى م ١١٣١ : يجوز للمدين فى الدين المرهون أن يتمسك قبل الدائن المرتهن بأوجه الدفع المتعلقة بصحة الحق المضمون بالرهن ، وكذلك بأوجه الدفع التى تكون له هو قبل دائنه الأصلى ، كل ذلك بالقدر الذى يجوز فيه للمدين فى حالة الحوالة أن يتمسك بهذه الدفوع قبل المحال إليه .

التقنين العراقى م ١٣٥٨ : يجوز للمدين بالدين المرهون أن يتمسك تجاه المرتهن بأوجه الدفع التى تكون له تجاه دائنه الأصلى ، وكذلك بأوجه الدفع المتعلقة بصحة الدين الموثق بالرهن ، وكل ذلك بالقدر الذى يجوز فيه للمدين فى حالة الحوالة أن يتمسك بهذه الدفوع تجاه المحال له .

تقنين الملكية العقارية اللبنانى : لا شىء .

هذا الحق باطلا كان الرهن باطلا كذلك ، وللمدين أن يتمسك بالبطلان قبل الدائن المرتهن . وكذلك لو كان هذا الحق قد انقضى بأى سبب من أسباب انقضاء الحقوق ، فللمدين أن يتمسك قبل الدائن المرتهن بأن الحق المضمون بالرهن نفسه قد انقضى تبعاً لانقضاء الحق . وهذا تطبيق للقاعدة التى تقضى بأن المدين فى الحوالة يجوز له أن يحتج بالدفوع الخاصة بالمحال إليه وحده (م ٤٣٩ من المشروع) » .

« ٢ – وللمدين فى الدين المرهون كذلك أن يتمسك قبل الدائن المرتهن بأوجه الدفع التى له قبل الدائن الأصلى . فلو كان العقد الذى نشأ عنه الدين المرهون باطلا ، كان للمدين أن يتمسك بهذا البطلان قبل الدائن المرتهن بالقدر الذى يجوز له قبل الدائن الأصلى . وكذلك لو كان الدين المرهون قد انقضى ، فللمدين أن يتمسك بالانقضاء قبل الدائن المرتهن بالقدر الذى يجوز له قبل الدائن الأصلى . وهذا أيضاً تطبيق للقاعدة التى تقضى بان المدين فى الحوالة يجوز أن يحتج على المحال إليه بالدفوع التى له – وقت نفاذ الحوالة فى حقه – أن يحتج بها على المحيل (م ٤٣٩ من المشروع) »[١] .

ويؤخذ من كل ذلك أن المدين فى الدين المرهون له أن يتمسك بنوعين من الدفوع :

١ – الدفوع المتعلقة بالحق المضمون بالرهن ، فلو كان هذا الحق قد نشأ من عقد باطل ، أو كان قد انقضى ، فللمدين أن يتمسك بكل ذلك قبل الدائن المرتهن .

٢ – الدفوع المتعلقة بالدين المرهون نفسه ، فلو كان هذا الدين قد نشأ من عقد باطل ، أو كان قد انقضى ، فللمدين أن يتمسك بكل ذلك قبل الدائن المرتهن .

٦٥٥ – حلول الدين المرهون قبل حلول الدين المضمون بالرهن – نص قانونى : وقد نصت المادة ١١٢٨ مدنى على ما يأتى :

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٧٥ – ص ٢٧٦

« ١ – إذا حل الدين المرهون قبل حلول الدين المضمون بالرهن ، فلا يجوز للمدين أن يوفى الدين إلا للمرتهن والراهن معاً ، ولكل من هذين أن يطلب إلى المدين إيداع ما يؤديه ، وينتقل حق الرهن إلى ما تم إيداعه » .

« ٢ – وعلى المرتهن والراهن أن يتعاونا على استغلال ما أداه المدين ، وأن يكون ذلك على أنفع الوجوه للراهن دون أن يكون فيه ضرر للدائن المرتهن ، مع المبادرة إلى إنشاء رهن جديد لمصلحة هذا الدائن »[1] .

وجاء فى مذكرة المشروع التمهيدى ، فى خصوص هذا النص ، ما يأتى :

« إذا حل الدين المرهون قبل حلول الحق المضمون ، فلا يقبض إلا الراهن والمرتهن معاً ، ولا يجوز للمرتهن أن يستغل بقبضه الحيازة لأن الحيازة لا تثبت إلا على دين فى الذمة » ويجوز لأى منهما أن يطلب من المدين أن يودع

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٥٧٠ من المشروع التمهيدى . وعدلته لجنة المراجعة تعديلا لفظياً فأصبح مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، ووافقت عليه تحت رقم ١٢٣٢ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٢١٧ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١١٢٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٧٧ – ص ٢٧٩) .

التقنين المدنى السابق : لا مقابل .

التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين السورى : لا شىء .

التقنين الليبى م ١١٣٢ : ١– إذا حل الدين المرهون قبل حلول الدين المضمون بالرهن فلا يجوز للمدين أن يوفى الدين إلا للمرتهن والراهن معاً ، ولكل من هذين أن يطلب إلى المدين إيداع ما يؤديه ، وينتقل حق الرهن إلى ما تم إيداعه . ٢ – وعلى المرتهن والراهن أن يتعاونا على استغلال ما أداه المدين ، وأن يكون ذلك على أنفع الوجوه للراهن دون أن يكون فيه ضرر للدائن المرتهن ، مع المبادرة إلى إنشاء رهن جديد لمصلحة هذا الدائن .

التقنين العراقى م ١٣٥٩ : ١– إذا حل الدين المرهون قبل حلول الدين الموثق بالرهن ، فلا يجوز للمدين أن يوفى الدين إلا للمرتهن والراهن معاً ، ولكل من هذين أن يطلب إلى المدين إيداع ما يؤديه عند عدل وينتقل حق الرهن إلى ما أداه المدين . ٢ – وعلى المرتهن والراهن أن يتعاونا على استغلال ما أداه الدين ، وأن يكون ذلك على أفيد الوجوه للراهن دون أن يكون ضرر المرتهن .

تقنين الملكية العقارية اللبنانى : لا شىء .

ما يؤديه عند أمين يتفقان عليه ويصح أن يكون أحدهما ، وينتقل حق الرهن إلى ما أداه المدين . فإن كان المودع مبلغاً من النقود ، وجب أن يتعاون الراهن والمرتهن فى استغلاله على خير وجه ، دون أن يكون فى ذلك ضرر بالدائن المرتهن كأن يستغل لآجال طويلة يصعب معها أن يصفى فى الوقت الملائم لهذا الدائن . فإذا رؤى أن يكون الاستغلال بشراء عين، وجب على الراهن أن ينشىء رهناً جديداً على هذه العين لمصلحة المرتهن »[1] ،

ويتبين من النص سالف الذكر أنه إذا حل الدين المرهون ولم يحل الدين المضمون بالرهن ، فإن وفاء الدين المرهون يجب أن يكون للراهن والمرتهن معاً ، لأن الراهن هو صاحب الدين والمرتهن له حق رهن حيازة فيه .

ولكل من الراهن والمرتهن أن يطلب من المدين إيداع الدين ، إما فى خزانة المحكمة أو فى مصرف أو عند أمين يتفق عليه الراهن والمرتهن ويصح أن يكون أحدهما ، وينتقل حق الرهن إلى ما تم إيداعه .

وعلى الراهن والمرتهن أن يتعاونا على استغلال المبلغ الذى أداه المدين ، على خير وجه نافع للراهن ، دون أن يكون فى ذلك ضرر بالمرتهن . فإذا رؤى أن يكون الاستغلال بشراء عين ، اشتريت العين ملكاً للراهن ، وبادر الراهن إلى رهن هذه العين إلى الدائن المرتهن رهن حيازة ، ويبقيان هكذا ، أحدهما يملك عيناً ، والآخر يرتهنها ،إلى أن يصفيا مركزيهما عند حلول أجل الدين المضمون بالرهن .

٦٥٦ — حلول الدين المرهون وحلول الدين المضمون بالرهن —

نص قانونى : وقد نصت ١١٢٩ مدنى على ما يأتى :

« إذا أصبح كل من الدين المرهون والدين المضمون بالرهن مستحق الأداء ، جاز للدائن المرتهن ، إذا لم يستوف حقه ، أن يقبض من الدين

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٨٠ .

المرهون ما يكونُ مستحقاً له ، أو أن يطلب بيع هذا الدين أو تملكه وفقاً للمادة ١١٢١ الفقرة الثانية »[1] .

وجاء فى مذكرة المشروع التمهيدى ، فى خصوص هذا النص ، ما يأتى :

« وإذا حل الدين المرهون بعد حلول الحق المضمون ، فللمرتهن إذا لم يكن قد تقاضى حقه أن يتولى قبض الدين ، أو أن يبيعه ، أو أن يتملكه طبقاً للمادة ١٥٦٢ »[2] .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٥٧١ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ١ – إذا حل الدين المرهون بعد حلول الحق المضمون بالرهن ، جاز الدائن المرتهن إذا لم يستوف حقه أن يتولى اقتضاء الدين المرهون ، على أن يبيعه ، أو أن يتملكه وفقاً للمادة ٢/١٥٦٢ . ٢ – فإذا كان الدين المرهون مبلغاً من النقود ، فلا يجوز الدائن المرتهن أن يقتضى منه إلا بقدر ما يكون باقياً من حقه المضمون بالرهن ، ويعتبر المدين فى الدين المرهون قد وفى من دينه القدر الذى اقتضاه منه الدائن المرتهن » . وحذفت لجنة المراجعة الفقرة الثانية وعدلت الفقرة الأولى تعديلا لفظياً حتى صارت مطابقة لما استقرت عليه فى التقنين المدنى الجديد ، ووافقت عليها تحت رقم ١٢٣٣ . فى المشروع النهائى . ووافق على النص مجلس النواب تحت رقم ١٢١٨ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١١٢٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٧٩ – ص ٢٨١) .

التقنين المدنى السابق : لا مقابل .

التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين السورى م ١٠٤٩ : على الدائن المرتهن أيضاً أن يستوفى الدين المقدم تأميناً عند استحقاقه ، ويرد إلى الراهن عند الاقتضاء الفرق الزائد بين المبلغ الذى قبضه والمبلغ المترتب له .

التقنين الليبى م ١١٣٣ : إذا أصبح كل من الدين المرهون والدين المضمون بالرهن مستحق الأداء ، جاز الدائن المرتهن إذا لم يستوف حقه ، أن يقبض من الدين المرهون ما يكون مستحقا له أو أن يطلب بيع هذا الدين أو تملكه وفقا للمادة ١١٢٥ الفقرة الثانية .

التقنين العراقى م ١٣٦٠ : إذا أصبح الدين المرهون والدين الموثوق بالرهن مستحق الأداء ، جاز المرتهن إذا لم يستوف حقه أن يقبض من الدين المرهون ما يكون مستحقا له أو يطلب من المحكمة بيعه أو تملكه بقيمته بعد خصم المستحق له .

تقنين الملكية العقارية اللبنانى : لا شىء .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٨٠ .

ويتبين من النص سالف الذكر أنه إذا أصبح كل من الدين المرهون والدين المضمون بالرهن مستحق الأداء ، ولم يستوف الدائن المرتهن حقه من الراهن ، فقد أصبح حقه والدين المرهون ، كل منهما ، مستحق الأداء ، فيستطيع الدائن المرتهن أن يستوفي حقه بأحد الوجوه الثلاثة الآتية :

١ – يقبض من الدين المرهون ما يكون مستحقاً له ، هذا إذا كان المستحق له والدين المرهون من جنس واحد .

٢ – فإن لم يكونا من جنس واحد ، فللدائن المرتهن أن يطلب بيع الدين المرهون ، حتى يستوفي حقه من ثمنه .

٣ – أو يطلب تملك الدين المرهون وفقاً للمادة ٢/١١٢١ ، على أن يحسب عليه بحسب تقدير الخبراء . وقد نصت المادة ٢/١١٢١ على ما يأتي : « ويجوز له أيضاً أن يطلب من القاضي أن يأمر بتمليكه الشيء وفاء للدين ، على أن يحسب عليه بقيمته بحسب تقدير الخبراء » .

الباب الرابع

حقوق الامتياز

تمهيـــد

٦٥٧ – تعريف حق الامتياز – نص قانوني : نصت المادة ١١٣٠ مدني على ما يأتي :

« ١ – الامتياز أولوية يقررها القانون لحق معين مراعاة منه لصفته » .

« ٢ – ولا يكون للحق امتياز إلا بمقتضى نص في القانون »[1] .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٥٧٢ من المشروع التمهيدي . وأقرتها لجنة المراجعة بعد استبدال عبارة « مراعاة منه لسببه » بعبارة « معتبرا في ذلك طبيعة هذا الحق » الواردة في الفقرة الأولى ، وأصبح رقم المادة ١٢٣٤ في المشروع النهائي . وأقرها مجلس النواب ، تحت رقم ١٢١٩ واستبدلت لجنة مجلس الشيوخ في الفقرة الأولى بكلمة « لسببه » كلمة « لصفته » إيثاراً للاصطلاح الذي جرى عليه الفقه والقضاء في بناء الامتياز على صفة الدين ، وأصبح رقم المادة ١١٣٠ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٨٤ – ص ٢٨٥) .

التقنين المدني السابق : لا مقابل .

التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين السوري م ١١٠٩ : ١ – الامتياز أولوية يقررها القانون لحق معين مراعاة منه لصفته . ٢ – ولا يكون للحق امتياز إلا بمقتضى نص في القانون .

التقنين الليبي م ١١٣٤ : ١ – الامتياز أولوية يقررها القانون لحق معين مراعاة منه لصفته . ٢ – ولا يكون للحق امتياز إلا بمقتضى نص في القانون .

التقنين العراقي م ١٣٦١ : ١ – الامتياز أولوية في الاستيفاء لدين معين مراعاة لسبب هذا الدين . ولا يكون للدين امتياز إلا بمقتضى نص في القانون .

وقد ورد فى مذكرة المشروع التمهيدى ، فى خصوص هذا النص ، ما يأتى :

« يؤخذ من تعريف حق الامتياز أن الحق هو الممتاز لا الدائن ، وذلك لأن الامتيار يرجع إلى طبيعة الحق ، والقانون هو الذى يتولى تعيين الحقوق التى تقتضى طبيعتها أن تكون ممتازة ، كما يعين مرتبة هذا الامتياز »[1].

ويؤخذ من النص سالف الذكر أن الامتياز هو تقديم الحق الممتاز على سائر الحقوق الأخرى التى يتقدمها هذا الحق ، ويقرر هذا التقدم نص فى القانون مراعياً فى ذلك صفة الحق المتقدم .

فالقانون اختار بعض الحقوق ، مراعياً فى ذلك صفتها ، وجعلها حقوقاً ممتازة ، ونص على ذلك . وسبب امتيار هذه الحقوق يختلف باختلاف الحق ، فنها ما يقدمه هذا الحق من خدمة أداها من عجل الحق لمصلحة الدائنين الآخرين كما فى المصروفات القضائية ، ومنها ما هو مبنى على اعتبارات إنسانية كامتياز أجور الخدم والعمال والكتبة لأن هذه الأجور ضرورية لمعيشة الدائنين بها ، ومنها ما هو مبنى على فكرة الرهن الضمنى كما فى امتياز المؤجر وصاحب الفندق على أمتعة المستأجر ونزيل الفندق ، ومنها ما هو مبنى على فكرة أن الدائن هو الذى أدخل الشىء فى ملك المدين كبائع العقار والمنقول وأجر المقاولين والمهندسين المعماريين ، ومنها ما هو مبنى على اعتبارات أخرى غير ذلك .

والقانون وحده هو الذى يتولى تعيين هذه الحقوق الممتازة ويعين مرتبة الامتياز ، فلا يكون للحق امتياز إلا بمقتضى نص فى القانون . ومن ثم

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٨٦ .

(٢) استئناف مختلط أول أبريل سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٢٤ – بيدان وفواران فقرة ٣١٦ .

وقد قضت محكمة النقض بأنه لما كان حق الامتياز هو من التأمينات العينية ولا يقرر إلا بمقتضى فى القانون ، وكان القانون لم يرتب للبائع فى حالة بقائه منتفعا بالعقار المبيع أو بجزء –

لا يجوز للطرفين أن ينشئا امتيازاً بإرادتهما فى غير الحالات التى يقررها القانون[١] ، ولا يجوز للقاضى أن يجعل الدين ممتازاً إذا كان القانون لا يجعله كذلك[٢] ؛ وقد قضى بأن الامتياز حق استثنائى لا يقاس عليه ، ولم ينص القانون على امتياز فى عقد المقاضة كما نص على الامتياز فى عقدى البيع والقسمة[٣] . وقضى بأن حقوق الامتياز مستمدة من القانون ، فلا يجوز التوسع فى تأويلها ولا القياس عليها ولا خلق امتياز لم يقرره القانون ، إذ لا امتياز إلا بنص[٤] .

والقانون يقرر الامتياز مراعاة لصفة الحق ، لا لأنه صفة فى الدائن . وينبنى على ذلك أن الدين يظل ممتازاً ، ولو حل فيه دائن آخر محل الدائن الأصلى بناء على حوالة أو وفاء مع الحلول[٥] .

وقد قرر القانون أكثر حقوق الامتياز فى الباب الذى نحن فيه (الباب الرابع من الكتاب الرابع) . ولكن توجد حقوق امتياز أخرى قررها القانون فى أماكن أخرى وإلى ذلك تشير المادة ١١٣٧ مدنى حين تقول : « الحقوق المبينة فى المواد الآتية تكون ممتازة ، إلى جانب حقوق الامتياز المقررة

= منه بصفته مستأجرا أى امتياز على العين المبيعة ، فإن الحكم المطعون فيه يكون قد أخطأ فى القانون إذ اعتبر احتفاظ البائع فى عقد البيع بحقه فى الانتفاع بجزء من المنزل المبيع بصفته من حقوق الامتياز التى خولها له القانون (نقض مدنى ٥ مايو سنة ١٩٥٥ مجموعة الخمسة والعشرين عاما ١ ص ٣٩٥ رقم ٢٢) . وقضت محكمة النقض أيضا بأن الامتياز لا يقرر إلا بمقتضى نص فى القانون ، فاشتراط المتعاقد امتيازاً لحقه فى التعويض لا يعتد به (نقض مدنى ٢١ مايو سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ١١٢ ص ٧٠٦) .

(١) استئناف مختلط ١٧ يونيه سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ٢٤١ – ٢١ ديسمبر سنة ١٩٤٢ م ٥٥ ص ٢٢ – ولكن يجوز أن يتفق الدائنون على أن يتقدمهم أحدهم كالمحامى (انظر نقض مدنى ٥ مايو سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ١٤٥ ص ١١٠٩) .

(٢) الإسكندرية الكلية ٢٧ يناير سنة ١٩٥١ التشريع والقضاء ٤ رقم ٢٨ ص ١٠٨ .

(٣) استئناف مصر ٢٣ فبراير سنة ١٩٤١ المجموعة الرسمية ٤٢ رقم ٢٢٦ ص ٥٢٣ .

(٤) الإسكندرية مستعجل ٢٢ يناير سنة ١٩٤٥ المجموعة الرسمية ٤٦ رقم ٤٣ ص ٧٨ .

(٥) عبد الفتاح عبد الباقى ص ٦٦٩ – محمد على إمام ص ٥٦٤ .

بنصوص خاصة » . من ذلك امتياز المقاول من الباطن والعمال على المبالغ المستحقة للمقاول الأصلى فى ذمة رب العمل (م ٦٦٢ مدنى) ، وامتياز القروض التى يمنحها اتحاد ملاك طبقات البناء الواحد أحد الشركاء لتمكينه من القيام بالتزاماته (م ١/٨٦٩ مدنى) ، وامتياز نفقات تسوية التركة (م ٢/٨٨٠ مدنى) ، وامتياز الوكيل بالعمولة على البضائع المرسلة أو المسلمة إليه أو المودعة عنده من أجل المبالغ المطلوبة له من عميله (م ٨٥ تجارى) ، وامتياز أتعاب المحامى (م ٥٠ من قانون المحاماة رقم ٩٦ لسنة ١٩٥٧) ، وامتياز نفقات تجهيز الميت (م ٤ من القانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ الخاص بالمواريث) ، وامتياز التعويض عن إصابات العمل) م ٨ من القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٥٠ الخاص بإصابات العمل) ، وامتياز الجمعيات التعاونية بالمبالغ المستحقة لها قبل أعضائها نتيجة لتعاملهم معها فى حدود الأغراض المبينة فى القانون رقم ٣١٧ لسنة ١٩٥٦ أو فى نظامها (م ٢٥ من القانون رقم ٣١٧ لسنة ١٩٥٦ : حق امتياز عام على أموال الأعضاء يجىء فى الترتيب مع امتياز المبالغ المنصرفة فى البذور والسماد وآلات الزراعة) .

٦٥٨ — اختلاف حق الامتياز عن سائر الحقوق العينية التبعية :
ويختلف حق الامتياز عن سائر الحقوق العينية التبعيـــة (الرهن الرسمى والاختصاص والرهن الحيازى) فى أمرين جوهريين :

١ — حق الامتياز لا يتقرر إلا بنص فى القانون ، فما لم يوجد نص لا يوجد امتياز . فلا يتقرر لا باتفاق ، ولا بحكم القاضى ، كما سبق أن قررنا

أما الحقوق التبعية الأخرى ، فمنها ما يتقرر بالاتفاق أى بالعقد كالرهن الرسمى يتقرر بالعقد الرسمى للرهن وكالرهن الحيازى يتقرر بعقد رهن الحيازة ، ومنها ما يتقرر بأمر القاضى كالاختصاص ولا يوجد حق عينى تبعى ، غير حق الامتياز ، يتقرر وتتقرر مرتبته بنص فى القانون .

٢ – وحق الامتياز يختلف أيضاً عن الحقوق العينية الأخرى فى أن الممتاز فى حق الامتياز هو الحق لا الدائن .

أما فى الحقوق العينية التبعية الأخرى ، فالممتاز هو الدائن لا الحق . ففى الرهن الرسمى والرهن الحيازى ، الدائن الذى يتفق مع مدينه على رهن رسمى أو رهن حيازى هو الذى يمتاز ، لا لصفة فى الدين فأى دين يمكن ضمانه برهن رسمى أو رهن حيازى ، بل لأن الدائن اتفق مع مدينه على الرهن . وفى الاختصاص أيضاً ، الممتاز هو الدائن لا الحق . فأى حق يمكن ضمانه باختصاص ، ولكن الدائن فى الاختصاص هو الذى يتقدم على الدائنين المتأخرين عنه لشخصه ولأنه حصل على حق اختصاص ، لا لصفة فى الدين .

وذلك بخلاف حق الامتياز كما قدمنا ، فالممتاز فيه هو الحق لصفة لاصقة له ، لا الدائن . فأى حق توافرت فيه صفة يرعاها القانون وينص على أنها ممتازة يكون حقاً ممتازاً بموجب هذه الصفة التى راعاها القانون ، أياً كان الدائن لهذا الحق .

٦٥٩ – اقتراب حق الامتياز من سائر الحقوق العينية التبعية : ولكن من جهة أخرى ، يقترب حق الامتياز من سائر الحقوق العينية التبعية ، فى أنه مثلها حق عينى تابع غير قابل للتجزئة .

أما أنه حق عينى ، فقد ثار خلاف فى الفقه الفرنسى حول عينية حقوق الامتياز ، وبخاصة فيما يتعلق بحقوق الامتياز العامة لأنها لا ترد على مال معين بالذات ، وفيما يتعلق بالامتياز على الديون لأنه يرد على حقوق شخصية(١) .

---

(١) ففيما يتعلق بحقوق الامتياز العامة ، اتجه بعض الفقهاء الفرنسيين إلى اعتبارها حقوقاً عينية (بودرى وفوازان ١٣ فقرة ٢٩٢ – دهروبيه فى طبيعة حق المستأجر رسالة من تولوز سنة ١٩٥٢ فقرة ٣٠٣ وما بعدها) . وقال بعض آخر إنها حقوق عينية إذا باشرها الدائن على عقار ، وهى مجرد أوصاف تلحق الالتزام إذا باشرها الدائن على منقول (بودرى ١ ص ٢٧٣ ، أوبرى ورو ٣ ص ١١٢) .

ولكن أكثر الفقهاء الفرنسيين يقررون أن حقوق الامتياز العامة ، ولو وقعت على منقول ، تكون حقوقاً عينية . ولو وقعت حقوق الامتياز على عين معينة ، سواء كانت عقاراً أو منقولا ، أى أصبحت حقوق امتياز خاصة ، فإنها تكون بطبيعة الحال حقوقاً عينية ، وتخول حق التقدم وحق التتبع ، غير أن حق الدائنين فيها يتأثر بقاعدة « الحيازة فى المنقول سند الملكية »[1] . وفى مصر يذهب أغلب الفقهاء المصريين إلى أن حقوق الامتياز كلها ، عامة وخاصة ، على عقار وعلى منقول ، حقوق عينية[2] ، ويقول الأستاذ سليمان مرقس فى هذا المعنى : « لا محل فى القانون المصرى للمنازعة فى أن الامتياز حق عينى ، حيث قد نص عليه المشرع فى الباب الرابع من الكتاب الرابع الذى نظم فيه الحقوق العينية التبعية . (وفى فرنسا) الراجح أن الامتياز حق عينى يخول صاحبه ما تخوله إياه سائر الحقوق العينية من مزيتى التقدم والتتبع »[3] .

وأما أن الامتياز حق تابع ، فلأنه يستلزم وجود التزام أصلى يضمنه ،

= وفيما يتعلق بحقوق الامتياز الخاصة على منقول ، فما يستند منها إلى فكرة الرهن الضمنى كامتياز المؤجر يكفل للدائن حقا عينيا ، وما لا يستند إلى فكرة الرهن الضمنى كامتياز بائع المنقول فيه خلاف (انظر فى تفصيل ذلك أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٥٦ وما بعدها) .

ويرى بعض الفقهاء أن حقوق الامتياز جميعها صفات تلتصق ببعض الديون ، فتكفل الإخلال بقاعدة المساواة بين الدائنين (بنكاز الملحق لبودرى ٥ فقرة ٧٣ ص ٤٣٧ – ص ٥١٠ – روبينو فى الامتياز على الديون رسالة من بوردو سنة ١٩٥٠ ص ١٢٣ وما بعدها) .

وفى مصر يرى الأستاذ شمس الدين الوكيل أن حق الامتياز العام ليس بحق عينى لأنه لا يرد على مال معين بالذات ، وكذلك الحال بالنسبة إلى الامتياز على الديون لأنه يرد على حقوق شخصية . أما كل حقوق الامتياز الخاصة ، على عقار أو على منقول ، فتكسب الدائن حقوقا عينية . انظر فى ذلك شمس الدين الوكيل فقرة ٢١٠ وبوجه خاص ص ٥٦٧ هامش ١ .

(١) جيوار فقرة ١٧٣ – بيدان فقرة ٢٦٥ – فقرة ٢٦٩ – بودرى ودى لوان فقرة ٣٠٢ وفقرة ٣٠٤ .

(٢) محمد كامل مرسى فقرة ٢٨٠ .

(٣) سليمان مرقس فقرة ٣٢٨ ص ٥١٨ هامش ١ – ويشير إلى بيدان وفواران فقرة ٣٩٢ – جوسران ٢ فقرة ١٥٤٥ – بودرى فقرة ٣٠٢ .

شأنه فى ذلك شأن الكفالة والرهن الرسمى والاختصاص والرهن الحيازى . وهذا الالتزام الأصلى ، إذا كان باطلا أو قابلا للإبطال أو انقضى ، يتبعه الامتياز فى كل ذلك . والالتزام الأصلى الذى يضمنه الامتياز يصح أن يكون محله مبلغا من النقود ، ولكن يصح أيضاً أن يكون محله التزاماً بعمل أو بامتناع عن عمل أو نقل حق عينى . ويصح أن يكون الالتزام الأصلى مقروناً بأجل ، أو معلقاً على شرط . والمهم أن الامتياز يوجد لضمان الالتزام الأصلى الذى هو تابع له ، وينبنى على ذلك أنه لا يوجد إلا إذا وجد التزام أصلى ، وينقضى بانقضائه[1] .

وأما أن الامتياز غير قابل للتجزئة ، فهو كسائر الحقوق العينية التبعية يبقى على كل الشىء ما بقى جزء من الدين الممتاز لم يدفع ، وكذلك أى جزء من الشىء يبقى ضامناً لكل الدين الممتاز . فكل جزء من الشىء ضامن لكل الدين الممتاز ، وكل جزء من الدين الممتاز مضمون بكل الشىء[2] . وعدم تجزئة حق الامتياز من طبيعة (nature) الحق ، لا من مستلزماته (non de son essence) . فيجوز الاتفاق على عكس ذلك ، وأن يخصص جزء من الشىء لوفاء بعض الدين .

٦٦٠ – أقسام حق الامتياز – نص قانونى : وقد نصت المادة ١١٣٢ مدنى على ما يأتى :

« ترد حقوق الامتياز العامة على جميع أموال المدين من منقول وعقار ،

---

(١) انظر فى ذلك محمد كامل مرسى فقرة ٣٨٢ – عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٥٣٤ – محمد على إمام فقرة ٤١٤ – سليمان مرقس فقرة ٣٢٨ .

(٢) انظر فى ذلك بودرى ودى لوان فقرة ٣٠٢ مكررة – بيدان ١ فقرة ٢٧٥ – محمد كامل مرسى فقرة ٣٨١ – سليمان مرقس فقرة ٣٢٨ ص ٥١٨ – استئناف مختلط ١٠ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٠٨ – ٥ ديسمبر سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ٧١ – ١٠ يونيه سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٤٢٦ – ٢٥ مارس سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ١٥٧ .

أما حقوق الامتياز الخاصة فتكون مقصورة على منقول أو عقار معين »[1].

وورد فى مذكرة المشروع التمهيدى ، فى خصوص هذا النص ، ما يأتى :

« تنقسم حقوق الامتياز إلى : ١ — حقوق امتياز عامة على جميع أموال المدين ، كامتياز النفقة وامتياز المبالغ المستحقة للأجراء ؛ ٢ — حقوق امتياز خاصة على منقول معين ، كامتياز المؤجر وامتياز بائع المنقول . . . ٣ — حقوق امتياز خاصة على عقار معين ، كامتياز بائع العقار وامتياز المتقاسم فى العقار . . . . . »[2].

والنص سالف الذكر يميز بين أقسام ثلاثة من حقوق الامتياز :

١ — حقوق امتياز عامة (privilèges généraux) : وتقع على جميع أموال المدين من منقولات وعقارات ، فهى عامة بهذا المعنى ، وقد بينها المشرع فى المادة ١١٤١ مدنى ، وهى ثلاثة أنواع : (أ) المبالغ المستحقة للخدم والكتبة والعمال وكل أجير آخر عن الستة الأشهر الأخيرة . (ب) المبالغ

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٥٧٤ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . وأقرته لجنة المراجعة ، تحت رقم ١٢٣٦ فى المشروع النهائى . وأقره مجلس النواب تحت رقم ١٢٢١ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١١٣٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٨٧ — ص ٢٨٩) .

التقنين المدنى السابق : لا مقابل .

التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين السورى م ١١١١ : ترد حقوق الامتياز العامة على جميع أموال المدين من منقول وعقار . أما حقوق الامتياز الخاصة فتكون مقصورة على منقول أو عقار معين .

التقنين الليبى م ١١٣٦ : ترد حقوق الامتياز العامة على جميع أموال المدين من منقول وعقار . أما حقوق الامتياز الخاصة فتكون مقصورة على منقول أو عقار معين .

التقنين العراقى م ١٣٦٣ : ١ — ترد حقوق الامتياز العامة على جميع أموال المدين من منقول وعقار أما حقوق الامتياز الخاصة فتكون مقصورة على منقول أو عقار معين .
٢ — ويصح أن يكون حق التصرف فى الأراضى الأميرية مثقلا بحق الامتياز .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٩٢ — ص ٢٩٣ .

المستحقة عما تم توريده للمدين ومن يعوله من مأكل وملبس فى الستة الأشهر الأخيرة . (حـ) النفقة المستحقة فى ذمة المدين لأقاربه عن الستة الأشهر الأخيرة . فهذه الحقوق الممتازة تقع كلها على جميع أموال المدين من منقول وعقار ، ولا تتخصص فى مال معين . وهى لا تشهر ، فلا تقيد عند ما تقع على عقار المدين ، لأنها مبالغ تافهة ، فيسعها جميع أموال المدين . لذلك لا يأتى فيها حق تتبع ، وتعتمد أساساً على حق التقدم . فإذا تقدم دائن له امتياز عام ، نفذ على مال المدين الذى لا يزال ملكاً له من مقول وعقار ، وترك الأموال التى خرجت من ملكية المدين ، فهذه تستلزم حق تتبع وهو لا يوجد . ومتى نفذ الدائن على مال مملوك للمدين ، لم يتقدم عليه إلا المصروفات القضائية والمبالغ المستحقة للخزانة العامة ومصروفات الحفظ والترميم وهذه كلها حقوق امتياز خاصة على منقول . ثم يأتى صاحب الامتياز العام ، فينفذ على أى مال للمدين فيستوفى حقه من هذا المال ، متقدماً على جميع الدائنين فيما عدا الدائنين الذين مر ذكرهم وهم أصحاب المصروفات القضائية والمبالغ المستحقة للخزانة العامة ومصروفات الحفظ والترميم . وإذا تعدد الدائنون أصحاب الامتياز العام ، فتقدم مثلا خادم ومورد مأكل ودائن بالنفقة ، تساووا جميعاً ولم يتقدم واحد منهم على الاثنين الآخرين. وإذا حجز الثلاثة على مال للمدين ، اقتسموا ثمن هذا المال كل بنسبة ماله . فأصحاب الامتياز العام فيما بينهم متساوون ، وبالنسبة الى الدائنين الآخرين لا يتقدمهم إلا ثلاثة من أصحاب الامتياز الخاص على منقول ، ويتأخر عنهم بقية أصحاب الامتياز الخاص على منقول وكل أصحاب الامتياز الخاص على عقار .

٢ـ حقوق امتياز خاصة على مقول معين privelèges spéciaux sur les meubles) : وهؤلاء لهم حـــق امتياز خاص على منقول معين من منقولات المدين . وقد ذكرهم المشرع مرتبين حسب مراتبهم ،

ثلاثة منهم يسبقون أصحاب الامتياز العام وهم أصحاب المصروفات القضائية فالمبالغ المستحقة للخزانة العامة فأصحاب المبالغ التى صرفت فى حفظ المنقول وترميمه ، والباقى يتأخرون عن أصحاب الامتياز العام وهم أصحاب المبالغ المنصرفة فى البذر والسماد وأعمال الزراعة والحصاد وفى مقابل آلات الزراعة ثم أجرة المبانى والأراضى الزراعية والمبالغ المستحقة لصاحب الفندق فى ذمة النزيل ثم ما يستحق لبائع المنقول من الثمن وملحقاته وما للشركاء الذين اقتسموا منقولا وهو ما يسمى بامتياز المتقاسم . وسنوضح فيما يلى ، عند الكلام فى حقوق الامتياز هذه ، كيف يكون لصاحب الامتياز من هؤلاء امتياز على منقول معين بالذات من منقولات مدينه . وإذا لم يكف المنقول الدائن بها ، كان لهذا كدائن عادى أن يشترك مع باقى الدائنين فى التنفيذ على سائر أموال المدين لاستيفاء الباقى من حقه . وحق الامتياز الخاص على منقول عرضة للضياع ، لا سيما إذا تعارض مع قاعدة الحيازة فى المنقول ، لذلك أجاز القانون للدائن إذا خشى لأسباب معقولة تبديد المنقول أن يطلب وضعه تحت الحراسة (م ١١٣٣ مدنى) .

٣ — حقوق امتياز خاصة على عقار معين (privilèges spésiaux sur les immeubles) : وأصحاب هذه الحقوق لهم امتياز خاص على عقار معين بالذات من عقارات المدين . وتوجد ثلاثة حقوق امتياز خاصة على عقار معين ، هى ما يستحق لبائع العقار من الثمن وملحقاته والمبالغ المستحقة للمقاولين والمهندسين المعماريين على المنشآت والشركاء الذين اقتسموا عقاراً تأميناً لما تخوله القسمة من حقوق . وأصحاب الامتياز الخاص على عقار يجب أن يقيدوا حق امتيازهم ، وتتحدد مرتبتهم بتاريخ القيد . وتنتج حقوق الامتياز هذه نفس الآثار التى تنتجها الرهون الرسمية ، بما فى ذلك قاعدة عدم التجزئة[1] . وإذا لم يكف العقار لأداء حق الدائن ، نفذ الدائن كدائن

---

(١) استئناف مختلط ١٠ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٠٨ — ٥ ديسمبر سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ٧١ .

عادى على جميع أموال المدين الأخرى[1] .

ولا يوجد فى القانون المصرى امتياز عام على كل عقارات المدين دون منقولاته ، ولا على كل منقولات المدين دون عقاراته .

٦٦١ — أحكام أقسام من الامتياز — نص قانونى : ونصت المادة ١١٣٤ مدنى على ما يأتى :

« ١ — تسرى على حقوق الامتياز الواقعة على عقار أحكام الرهن الرسمى بالقدر الذى لا تتعارض فيه مع طبيعة هذه الحقوق ، وتسرى بنوع خاص أحكام التطهير والقيد وما يترتب على القيد من آثار وما يتصل به من تجديد ومحو » .

« ٢ — ومع ذلك فإن حقوق الامتياز العامة ولو كان محلها عقاراً لا يجب فيها الشهر ولا يثبت فيها حق التتبع ، ولا حاجة للشهر أيضاً فى حقوق الامتياز العقارية الضامنة لمبالغ مستحقة للخزانة العامة . وهذه الحقوق الممتازة جميعاً تكون أسبق فى المرتبة على أى حق امتياز عقارى أو أى حق رهن رسمى مهما كان تاريخ قيده ، أما فيما بينها فالامتياز الضامن للمبالغ المستحقة للخزانة يتقدم على حقوق الامتياز العامة »[2] .

---

(١) وهناك تقسيم آخر لحقوق الامتياز محدود الأهمية . فتنقسم هذه الحقوق إلى حقوق يجب قيدها حتى يكون لها تأثير على الغير وهذه هى حقوق الامتياز الخاصة على عقار وتسرى عليها أحكام الرهن الرسمى وأحكام التطهير والقيد وما يتصل به من تجديد ومحو ، وحقوق امتياز تنتج آثارها من غير قيد وهذه هى حقوق الامتياز العامة وحقوق الامتياز الخاصة على منقول (محمد كامل مرسى فقرة ٣٨٥) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٥٧٦ من المشروع التمهيدى . وأقرتها لجنة المراجعة تحت رقم ١٢٣٨ فى المشروع النهائى ، بعد إدخال بعض تعديلات لفظية جعلت النص مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . وأقرها مجلس النواب تحت رقم ١٢٢٣ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١١٣٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٩١ – ص ٢٩٤) .

التقنين المدنى السابق : لا مقابل .

التقنينات المدنية العربية الأخرى :

وجاء فى مذكرة المشروع التمهيدى ، فى خصوص هذا النص ، ما يأتى :

« تنقسم حقوق الامتياز إلى : ١ — حقوق امتياز عامة على جميع أموال المدين . . . ٢ — حقوق امتياز خاصة على منقول معين . . . ٣ — حقوق امتياز خاصة على عقار معين . . . وحقوق الامتياز هذه تنطبق عليها أحكام الرهن الرسمى وإن كان مصدرها نص القانون — فيجب قيدها ، وتأخذ مرتبتها من وقت القيد وتسرى أحكام القيد من آثار وتجديد ومحو ، ويجوز تطهيرها . إلا أن هناك حقوق امتياز تقع على عقار ولا تشهر ، وهى حقوق الامتياز العامة فيما يقع منها على العقار ، ولذلك لا تثبت فيها حق التتبع . وكذلك حق امتياز المبالغ المستحقة للخزانة العامة إذا وقع على عقار ، وهو حق يقترن بالتتبع ، ومع ذلك لا يشهر لتفاهته . وحقوق الامتياز العقارية التى لا تشهر تسبق فى المرتبة كل امتياز عقارى آخر ، وكل حق مقيد مهما

— التقنين السورى م ١١١٣ : ١ — تسرى على حقوق الامتياز الواقعة على عقار أحكام الرهن والتأمين العقاريين بالقدر الذى لا تتعارض فيه مع طبيعة هذه الحقوق . ٢ — تعفى من التسجيل حقوق الامتياز العامة الآتية : (١) الرسوم . . . . . .

التقنين الليبى م ١١٣٨ : ١ — تسرى على حقوق الامتياز الواقعة على عقار أحكام الرهن الاتفاق بالقدر الذى لا تتعارض فيه مع طبيعة هذه الحقوق ، وتسرى بنوع خاص أحكام التطهير والقيد وما يترتب على القيد من آثار وما يتصل به من تجديد ومحو . ٢ — ومع ذلك فإن حقوق الامتياز العامة ولو كان محلها عقاراً لا يجب فيها الشهر ولا يثبت فيها حق التتبع ، ولا حاجة للشهر أيضاً فى حقوق الامتياز العقارية الضامنة لمبالغ مستحقة للخزانة العامة . وهذه الحقوق الممتازة جميعاً تكون أسبق فى المرتبة على أى حق امتياز عقارى آخر أو أى حق رهن اتفاق مهما كان تاريخ قيده . أما فيما بينها ، فالامتياز الضامن للمبالغ المستحقة للخزانة يتقدم على حقوق الامتياز العامة .

التقنين العراقى م ١٣٦٥ : ١ — تسرى على حقوق الامتياز الواقعة على عقار النصوص المتعلقة بالرهن التأمينى بالقدر الذى لا تتعارض فيه مع طبيعة هذه الحقوق . — ٢ ومع ذلك فإن حقوق الامتياز العامة ، ولو كان محلها عقاراً ، لا يجب فيها التسجيل ولا يثبت فيها حق التتبع . ولا حاجة للتسجيل أيضاً فى حقوق الامتياز العقارية الضامنة لمبالغ مستحقة للخزينة .

كان تاريخ قيده . أما فيما بينها ، فامتياز المبالغ المستحقة للخزانة تسبق فى المرتبة حقوق الامتياز العامة . وتستوفى حقوق الامتياز العامة فيما بينها بنسبة كل منها »[١] .

ويتبين من النص سالف الذكر أن حقوق الامتياز الخاصة على منقول لا كلام فيها ، فهى حقوق امتياز تقع على منقول معين ، وقد بين القانون أحكامها ومرتبتها (أنظر أيضاً م ١١٣٣ مدنى) .

وباقى حقوق الامتياز هى : (١) حقوق الامتياز الخاصة على عقار . (٢) حقوق الامتياز العامة . (٣) حق امتياز المبالغ المستحقة للخزانة العامة إذا وقع على عقار .

ففيما يتعلق بحقوق الامتياز الخاصة على عقار ، وهى ثلاثة (بائع العقار ، والمقاولون ، والمهندسون المعماريون ، والشركاء المتقاسمون لعقار) ، تسرى عليها أحكام الرهن الرسمى لأن الرهن الرسمى يرد أيضاً على عقار ، بما فى ذلك أحكام التطهير والقيد وما يتصل بالقيد من تجديد ومحو وما يترتب عليه من آثار . وحقوق الامتياز هذه يجب إذن قيدها ، ومتى قيدت فتاريخ القيد هو الذى يحدد مرتبتها . وحق امتياز خاص متى قيد ، يصبح كحق رهن رسمى مقيد ، يحكمه القيد ويحدد مرتبته .

وفيما يتعلق بحقوق الامتياز العامة ، فهذه لا تشهر ولو كان محلها عقاراً . ولذلك لا يثبت فيها حق التتبع ، وتقتصر على حق التقدم . فمتى نفذ الدائن عليها وهى مملوكة للمدين ، تقدم فى مرتبته على سائر الدائنين

وفيما يتعلق بحق امتياز المبالغ المستحقة للخزانة العامة إذا وقع على عقار ، فهذا فيه حق تقدم وحق تتبع ، وإن كان لايشهر لتفاهته .

وحقوق الامتياز التى لا تشهر وإن وقعت على عقار ، وهى حق

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٩٢ – ص ٢٩٣

الخزانة وحقوق الامتياز العامة ، تسبق فى المرتبة حقوق الامتياز الخاصة على عقار مهما كان تاريخ قيدها . وفيما بينها ، يسبق حق الخزانة حقوق الامتياز العامة . وحقوق الامتياز العامة متساوية فى الترتيب ، فتستوفى بنسبة كل منها .

٦٦٢ — حق الامتياز وحيازة المنقول بحسن نية — نص قانونى : نصت المادة ١١٣٣ مدنى على ما يأتى :

« ١ – لا يحتج بحق الامتياز على من حاز المنقول بحسن نية » .

« ٢ – ويعتبر حائزاً فى حكم هذه المادة مؤجر العقار بالنسبة إلى المنقولات الموجودة فى العين المؤجرة ، وصاحب الفندق بالنسبة إلى الأمتعة التى يودعها النزلاء فى فندقه » .

« ٣ – وإذا خشى الدائن ، لأسباب معقولة ، تبديد المنقول المثقل بحق امتياز لمصلحته ، جاز له أن يطلب وضعه تحت الحراسة »[1] .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٥٧٥ من المشروع التمهيدى . وأقرته لجنة بعد تعديلات لفظية طفيفة حتى صار مطابقا لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، تحت رقم ١٢٣٧ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٢٢٢ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١١٣٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٨٩ – ص ٢٩٠) .

التقنين المدنى السابق : لا مقابل .

التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين السورى م ١١١٢ : ١ – لا يحتج بحق الامتياز على من حاز المنقول بحسن نية . ٢ – ويعتبر حائزاً فى حكم هذه المادة مؤجر العقار بالنسبة إلى المنقولات الموجودة فى العين المؤجرة ، وصاحب الفندق بالنسبة إلى الأمتعة التى يودعها النزلاء فى فندقه . ٣ – وإذا خشى الدائن لأسباب معقولة تبديد المنقول المثقل بحق امتياز لمصلحته ، جاز له أن يطلب وضعه تحت الحراسة .

التقنين الليبى م ١١١٧ : ١ – لا يحتج بحق الامتياز على من حاز المنقول بحسن نية . ٢ – ويعتبر حائزاً فى حكم هذه المادة مؤجر العقار بالنسبة إلى المنقولات الموجودة فى العين المؤجرة وصاحب الفندق بالنسبة إلى الأمتعة التى يودعها النزلاء فى فندقه . ٣ – وإذا خشى =

وورد فى مذكرة المشروع التمهيدى ، فى خصوص هذا النص ، ما يأتى :

« تنقسم حقوق الامتياز إلى : ١ – حقوق امتياز عامة فى جميع أموال المدين . . . ٢ – حقوق امتياز خاصة على منقول معين . . . ولا يحتج بهذه الحقوق على حائز حسن النية ، فإذا اشترى المستأجر منقولا لم يدفع ثمنه ، وأدخله فى العين المؤجرة وكان المؤجر حسن النية أى لا يعلم بامتياز البائع ، فإن هذا الامتياز الأخير لا يحتج به على المؤجر . وكذلك الأمر لو كان المنقول لم يدفع ثمنه ودخل فى أمتعة نزيل الفندق ، فلا يحتج بامتياز البائع على صاحب الفندق . ويتبين من ذلك أن حق الامتياز الخاص على منقول عرضة للضياع ، لذلك أجاز المشروع ، إذا خشى الدائن لأسباب معقولة تبديد المنقول المثقل بحق الامتياز أن يطلب وضعه تحت الحراسة . ٣ – حقوق امتياز خاصة على عقار معين . . . »[1] .

ويؤخذ من النص سالف الذكر أن المنقول إذا كان مثقلا بحق امتياز ، قد تعترضه قاعدة أخرى هى قاعدة الحيازة فى المنقول ، فتتغلب قاعدة الحيازة على حق الامتياز .

وقد أورد النص مثلين لذلك :

١ – إذا اشترى شخص منقولا ولم يدفع ثمنه ، فإن المنقول يبقى مثقلا بحق امتياز الثمن . فإذا نقل المشترى هذا المنقول إلى منزل استأجره ، وكان المؤجر حسن النية لا يعلم أن المنقول مثقل بحق امتياز ، فإن المنقول متى نقل

= الدائن لأسباب معقولة تبديد المنقول المثقل بحق امتياز لمصلحته ، جاز له أن يطلب وضعه تحت الحراسة .

التقنين العراقى م ١٣٦٤ : ١ – لا يحتج بحق الامتياز على من حاز المنقول بحسن نية . ٢ – ويعتبر حائزاً فى حكم هذه المادة مؤجر العقار بالنسبة للمنقولات الموجودة فى العين المؤجرة ، وصاحب الفندق بالنسبة للأمتعة التى يودعها النزلاء فى فندقه

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٩٢ .

إلى العين المؤجرة بحوزه المؤجر بحسن نية ، فتتغلب هذه الحيازة بحسن النية على حق امتياز البائع ، ويفضل فى هذه الحالة مؤجر العقار على بائع المنقول، أى أن امتياز المؤجر يتغلب على امتياز البائع .

٢ — ونفرض أن مشترى المنقول فى المثل السابق ، بدلا من أن ينقل المنقول إلى منزل استأجره ، نقله إلى فندق نزل فيه ، واختلط المنقول بأمتعته ، وكان صاحب الفندق يعتقد بحسن نية أن المنقول ملك النزيل وأنه غير مثقل بحق امتياز . ففى هذه الحالة أيضاً يفضل صاحب الفندق حسن النية على بائع المنقول ، ويتقدم امتياز صاحب الفندق على امتياز بائع المنقول .

من أجل ذلك ، ولأن امتياز بائع المنقول معرض للضياع وللتبديد كثيراً ، نص القانون فى الفقرة الثالثة والأخيرة من المادة ١١٣٣ مدنى سالفة الذكر على أنه إذا خشى الدائن (بائع المنقول) لأسباب معقولة تبديد المنقول المثقل بحق امتياز لمصلحته ، كنقله إلى مكان مستأجر أو إلى فندق ، جاز له أن يطلب وضع هذا المنقول تحت الحراسة . فيؤمنه الحارس بوضعه تحت حراسته ، أو على الأقل يخطر صاحب المكان المؤجر أو صاحب الفندق ، قبل نقل المنقول إلى المكان المؤجر أو إلى الفندق ، بأن المنقول مثقل بحق امتياز البائع ، فيبقى هذا الامتياز مفضلا على امتياز المؤجر أو امتياز صاحب الفندق .

٦٦٣ — مرتبة الامتياز — نص قانونى : وقد نصت المادة ١١٣١ مدنى على ما يأتى :

« ١ — مرتبة الامتياز يحددها القانون ، فإذا لم ينص صراحة فى حق ممتاز على مرتبة امتيازه ، كان هذا الحق متأخراً فى المرتبة عن كل امتياز ورد فى هذا الباب » .

« ٢ — وإذا كانت الحقوق الممتازة فى مرتبة واحدة ، فإنها تستوفى بنسبة قيمة كل منها ، ما لم يوجد نص يقضى بغير ذلك »[١] .

وجاء فى مذكرة المشروع التمهيدى ، فى خصوص هذا النص ، ما يأتى :

« وكل حق ممتاز ، لم ينص القانون على مرتبة امتيازه ، يتأخر فى المرتبة على الحقوق الممتازة التى نص عليها المشروع فى هذا الباب . وإذا اتحدت مرتبة الامتياز فى حقين ، فإنهما يستوفيان بنسبة قيمة كل منهما »[٢] .

ويؤخذ من النص سالف الذكر أن القانون هو وحده الذى يحدد مرتبة الامتياز .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٥٧٣ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . وأقرته لجنة المراجعة ، تحت رقم ١٢٣٥ فى المشروع النهائى . وأقره مجلس النواب تحت رقم ١٢٢٠ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١١٣١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٨٦ — ص ٢٨٧) .

التقنين المدنى السابق : لا مقابل .

التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين السورى م ١١١٠ : ١ — مرتبة الامتياز يحددها القانون ، فإذا لم ينص صراحة فى حق ممتاز على رتبة امتيازه ، كان هذا الحق متأخراً فى الرتبة عن كل امتياز ورد فى المواد التالية . ٢ — وإذا كانت الحقوق الممتازة فى رتبة واحدة ، فإنها تستوفى بنسبة كل منها ، ما لم يوجد نص يقضى بغير ذلك .

التقنين الليبى م ١١٣٥ : ١ — مرتبة الامتياز يحددها القانون ، فإذا لم ينص صراحة فى حق ممتاز على مرتبة امتيازه ، كان هذا الحق متأخراً فى المرتبة عن كل امتياز ورد فى هذا الباب . ٢ — وإذا كانت الحقوق الممتازة فى مرتبة واحدة ، فإنها تستوفى بنسبة قيمة كل منها ، ما لم يوجد نص يقضى بغير ذلك .

التقنين العراقى م ١٣٦٢ : ١ — مرتبة الامتياز يحددها القانون ، فإذا لم ينص صراحة فى دين ممتاز على مرتبة امتيازه ، كان هذا الدين متأخراً فى المرتبة عن كل امتياز منصوص على مرتبته . ٢ — وإذا كانت الديون الممتازة فى مرتبة واحدة ، فإنها تستوفى بنسبة قيمة كل منها ، ما لم يوجد نص يقضى بغير ذلك .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٨٧ .

وقد جمع القانون أكثر حقوق الامتياز فى الباب الرابع من الكتاب الرابع الذى نحن فيه ، وحدد مرتبة كل حق امتياز فيها ، كما سنرى عند الكلام تفصيلا فى حقوق الامتياز هذه .

ولما كان يوجد حقوق امتياز أخرى غير هذه مبعثرة فى أماكن متفرقة ، فإن المادة سالفة الذكر وضعت قاعدة لتحديد مرتبة امتيازها .

وأول شق فى هذه القاعدة هو أن يضع القانون مرتبة الامتياز عند ذكر الامتياز ، فيؤخذ بهذه المرتبة متقدمة كانت أو متأخرة .

فإذا لم يضع القانون مرتبة لحق ممتاز ، تأخر هذا الحق فى مرتبته عن كل الحقوق الممتازة المذكورة فى الباب الرابع هذا . ولما لم يكن لهذا الحق مرتبة محددة ، فإنه يأتى مباشرة عقب حقوق الباب الرابع ، ويتساوى فى مرتبته مع الحقوق التى لم يحدد القانون مرتبة لها .

ويتفق أن حقوق امتياز متعددة ، كحقوق الامتياز العامة ، تكون كلها فى مرتبة واحدة ، فتستوفى بنسبة قيمة كل منها ، ما لم يوجد نص يقضى بغير ذلك . فإذا تزاحم عامل ومورد الملابس وصاحب النفقة ، وهؤلاء جميعاً أصحاب حق امتياز عام ومتساوون فى المرتبة ، فإنهم يستوفون حقوقهم كلها من المال الذى نفذوا عليه . فإذا لم يكف هذا المال لتأدية جميع حقوقهم ، فإنهم يتقاسمون ما حصلوا عليه بنسبة قيمة الحقوق الممتازة ، ثم ينفذون على مال آخر بعد ذلك[1] .

٦٦٤ — هلاك الشىء المثقل بالامتياز أو تلفه — نص قانونى :

نصت المادة ١١٣٥ مدنى على ما يأتى :

« يسرى على الامتياز ما يسرى على الرهن الرسمى من أحكام متعلقة بهلاك الشىء أو تلفه »[2] .

---

(١) انظر فى ذلك محمد كامل مرسى فقرة ٣٨٦ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٥٧٧ من المشروع التمهيدى على وجه —

وجاء فى مذكرة المشروع التمهيدى ، فى خصوص هذا النص ، ما يأتى :

« إذا هلك محل الامتياز ، فإن كان الهلاك بخطأ المدين كان الدائن بالخيار بين استيفاء الدين أو طلب تأمين آخر ، والخيار للمدين إذا كان الهلاك بسبب أجنبى — وينتقل الامتياز إلى الحق الذى حل محل الشىء الذى هلك ، كالتعويض أو مبلغ التأمين . وهذه هى أحكام الرهن الرسمى »[1] .

ويؤخذ من النص سالف الذكر أنه إذا هلك الشىء أو تلف ، فان كان ذلك بخطأ المدين ، كان الدائن مخيراً بين طلب تأمين آخر وينتقل إليه حق الامتياز ، وبين استيفاء الدين قبل حلول ميعاده : وهذا هو حكم الرهن الرسمى .

وإن كان ذلك قضاء وقدراً ، كان الخيار للمدين ، فيوفى الدين قبل ميعاده ، أو يقدم تأميناً آخر ينتقل إليه حق الامتياز . وهذا هو أيضاً حكم الرهن الرسمى .

= مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . وأقرته لجنة المراجعة ، تحت رقم ١٢٣٩ فى المشروع النهائى . وأقره مجلس النواب تحت رقم ١٢٢٤ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١١٣٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٩٤ — ص ٢٩٥) .

التقنين المدنى السابق : لا مقابل .

التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين السورى م ١١١٤ : يسرى على الامتياز ما يسرى على الرهن والتأمين العقارى من أحكام متعلقة بهلاك الشىء أو تلفه .

التقنين الليبى م ١١٣٩ : يسرى على الامتياز ما يسرى على الرهن الاتفاقى من أحكام متعلقة بهلاك الشىء أو تلفه .

التقنين العراقى م ١٣٦٦ : يسرى على حق الامتياز ما يسرى على حق الرهن التأمينى والحيازى من أحكام متعلقة بهلاك الشىء أو تعيبه .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٩٦ .

٦٦٥ — انقضاء حق الامتياز — نص قانونى : وقد نصت المادة ١١٣٦ مدنى على ما يأتى :

« ينقضى حق الامتياز بنفس الطرق التى ينقضى بها حق الرهن الرسمى وحق رهن الحيازة ووفقاً لأحكام انقضاء هذين الحقين ، ما لم يوجد نص خاص يقضى بغير ذلك »[1] .

وجاء فى مذكرة المشروع التمهيدى ، فى خصوص هذا النص ، ما يأتى :

« وينقضى حق الامتياز فى العقار بما ينقضى به حق الرهن الرسمى وحق الاختصاص ، كما ينقضى حق الامتياز فى المنقول بما ينقضى به حق الرهن الحيازى ، وذلك ما لم يوجد نص خاص يقضى بغيره »[2] .

ويؤخذ من النص سالف الذكر أن حق الامتياز ينقضى بما ينقضى به الرهن الرسمى فى العقار ، وبما ينقضى به الرهن الحيازى فى المنقول .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٥٧٨ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . وأقرته لجنة المراجعة ، تحت رقم ١٢٤٠ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٢٢٥ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١١٣٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٩٥ – ص ٢٩٦) .

التقنين المدنى السابق : لا مقابل .

التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين السورى م ١١١٥ : ينقضى حق الامتياز بنفس الطرق التى ينقضى بها الرهن والتأمين العقارى ووفقاً لأحكام انقضاء هذين الحقين ، ما لم يوجد نص خاص يقضى بغير ذلك .

التقنين الليبى م ١١٤٠ : ينقضى حق الامتياز بنفس الطرق التى ينقضى بها حق الرهن الاتفاقى وحق رهن الحيازة ووفقاً لأحكام انقضاء هذين الحقين ، ما لم يوجد نص خاص يقضى بغير ذلك .

التقنين العراقى م ١٣٦٧ : ينقضى حق الامتياز بنفس الطرق التى ينقضى بها حق الرهن التأمينى والحيازى ووفقاً لأحكام انقضاء هذين الحقين ، ما لم يوجد نص يقضى بغير ذلك .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٩٦ .

فحق الامتياز ينقضى إذن ، فى العقار والمنقول ، بطريقة تبعية ، إذا انقضى الالتزام الأصلى بسبب من الأسباب التى تنقضى بها الالتزامات .

وحق الامتياز فى العقار ينقضى ، بطريقة أصلية ، بالتطهير ، أو بالبيع الجبرى ، أوبنزول الدائن عن حق امتيازه ، أو بهلاك الشىء محل الامتياز ، أو باتحاد الذمة .

وحق الامتياز فى المنقول ينقضى ، بطريقة اصلية ، بنزول الدائن عن حق امتيازه ، أو باتحاد الذمة ، أو بهلاك الشىء محل الامتياز (والبيع الجبرى فى قانون المرافعات) .

٦٦٦ — نظرة عامة من المذكرة الإيضاحية على حقوق الامتياز : وننقل عن المذكرة الإيضاحية نظرة عامة فى حقوق الامتياز ، فى الكلمة الآتية :

« جمع التقنين الحالى (السابق) أكثر الحقوق الممتازة ، سواء كان الامتياز عاماً أو خاصاً وسواء وقع الخاص منه على عقار أو منقول ، فى نص رئيسى واحد (م ٦٠١/٧٢٧) . ثم عقب هذا النص بنصين ، أحدهما فى امتياز متقاسم العقار والآخر فى امتياز مصروفات الصيانة فى العقار والمنقول . ثم أورد نصاً ثالثاً ، يشير فيه إلى حقوق الامتياز التى قررتها القوانين الخاصة » .

« أما المشروع فقد وضع فى فصل الأحكام العامة لحقوق الامتياز ، ثم أورد فى فصل آخر أنواع الحقوق الممتازة مرتبة حسب درجتها . وأهمية وضع أحكام عامة لحقوق الامتياز لا تخفى ، فهذه الأحكام هى التى تجعل من حقوق الامتياز موضوعاً متماسكاً تنتظمه فكرة منسجمة متناسقة . وقد أورد المشروع فى هذه الأحكام تعريفاً لحق الامتياز ، وقسم حقوق الامتياز إلى عامة وخاصة ، وميز فى الخاصة منها بين حق امتياز يقع على المنقول وآخر

يقع على العقار ، وبين أحكام كل من النوعين ، ثم ذكر كيف ينتهى حق الامتياز » .

« وانتقل المشروع بعد ذلك إلى الحقوق الممتازة ذاتها ، وبدأ بحقوق الامتياز العامة وحقوق الامتياز الخاصة الواقعة على منقول ، وأوردها جميعاً مرتبة فيما بينها بحسب درجة امتيازها . فحسم بذلك مسائل خلافية كثيرة ، وأوضح ما وقع فيه التقنين الحالى (السابق) من الغموض فى بعض هذه المسائل . وقد بدأ بامتياز المصروفات القضائية ، وهو أول حق امتياز ؛ ويليه امتياز المبالغ المستحقة للخزانة العامة ، ثم امتياز الحفظ والترميم ، وكل هذه حقوق امتياز خاصة تقع على المنقول . ويأتى بعدها فى الترتيب حقوق الامتياز العامة ، ثم امتياز مصروفات الزراعة ، ثم امتياز المبالغ المستحقة فى مقابل آلات الزراعة ، ثم امتياز المؤجر ، فامتياز صاحب الفندق ، فامتياز بائع المنقول ، فامتياز المتقاسم فى المنقول . أما حقوق الامتياز الخاصة على العقار فقد أوردها المشروع بعد ذلك فى نصوص ثلاثة ، تناول النص الأول منها امتياز بائع العقار ، والثانى امتياز المقاولين والمهندسين ، والأخير امتياز المتقاسم فى العقار . وحقوق الامتياز على العقار تتحدد مرتبتها بالقيد ، كما هو الأمر فى الرهن الرسمى » .

« وهذا بيان مجمل لأهم ما استحدثه المشروع من النصوص فى هذا الموضوع » .

« ١ — استحدث المشروع كل النصوص المتعلقة بالأحكام العامة ، وهى النصوص التى سبقت الإشارة إليها » .

« ٢ — جعل المشروع امتياز النفقة والديون الملحقة بها » .

« ٣ — نص المشروع على امتيار المبالغ المنصرفة فى السماد وغيره من مواد التخصيب والمواد المقاومة للحشرات » .

٤ – جعل المشروع امتيازاً فى قسمة المنقول ، حتى لا يفرق بين العقار والمنقول تفرقة لا مبرر لها » .

« ٥ – وسع المشروع فى امتياز مصروفات الصيانة فى العقار ، فجعلها تشمل أيضاً مصروفات البناء »[١] .

٦٦٧ – خطة البحث : ونجعل بحثنا فى فصلين .

الفصل الأول – حقوق الامتياز العامة وحقوق الامتياز الخاصة الواقعة على المنقول .

الفصل الثانى – حقوق الامتياز الخاصة الواقعة على العقار .

وقبل أن ندخل فى هذه التفصيلات ، نذكر أن المشرع صدرها جميعاً بالمادة ١١٣٧ مدنى ، وهى تنص على ما يأتى :

« الحقوق المبينة فى المواد الآتية تكون ممتازة إلى جانب حقوق الامتياز المقررة بنصوص خاصة »[٢] .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٨٢ – ص ٢٨٣ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٥٧٩ من المشروع التمهيدى . وأقرتها لجنة المراجعة ، فى المادة ١٢٤١ من المشروع النهائى . وأقرها مجلس النواب تحت رقم ١٢٢٦ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١١٣٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٩٧ – ص ٢٩٨) .

التقنين المدنى السابق م ٦٠٤ / ٧٣٠ : وأما ما عدا ذلك من الامتيازات على المنقولات فهى مبينة فى القوانين الأخرى .

التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين السورى م ١١١٦ : الحقوق المبينة فى المواد الآتية تكون ممتازة ، إلى جانب حقوق الامتياز المقررة بنصوص خاصة .

التقنين الليبى م ١١٤١ : الحقوق المبينة فى المواد الآتية تكون ممتازة ، إلى جانب حقوق الامتياز المقررة بنصوص خاصة .

التقنين العراقى م ١٣٦٨ : تكون ممتازة إلى جانب الديون المقرر امتيازها بنصوص خاصة الديون المبينة فى المواد الآتية .

وجاء فى مذكرة المشروع التمهيدى ، فى خصوص هذا النص ، ما يأتى :

« يقرر هذا النص أن هناك حقوقاً ممتازة أخرى غير التى ذكرت فى هذا الباب تقررها نصوص خاصة ، مثل ذلك حق امتياز النقابة فى ملكية النقابات (م ١٢٣٨ من المشروع) وحق امتياز أتعاب المحامى وقد تقرر فى قانون خاص »[1] .

وقد سبق أن بينا أمثلة من حقوق الامتياز الأخرى[2] ، فلا نعود إلى ذلك . ويكفى ، فيما يلى ، أن نبين أنواع الحقوق الممتازة المذكورة فى الباب الرابع من الكتاب الرابع ، وهى أغلب الحقوق الممتازة فى القانون المدنى .

الفصل الأول

حقوق الامتياز العامة

وحقوق الامتياز الخاصة الواقعة على منقول

٦٦٨ — **تمهيد** : لما كان هذا الموضوع هو أكبر موضوع فى باب حقوق الامتياز ، فقد جعلناه فى مبحثين ، متخذين من حقوق الامتياز العامة الأساس الذى نعتمد عليه . فحقوق الامتياز العامة يتقدمها حقوق امتياز خاصة على منقول ، هى المصروفات القضائية والمبالغ المستحقة للخزانة العامة ومصروفات الحفظ والترميم ، فقد جعلنا هذه مع حقوق الامتياز العامة مبحثاً أولا بعنوان « حقوق الامتياز العامة وحقوق الامتياز الخاصة على منقول التى يتقدمها » . ثم أعقبنا ذلك بالمبحث الثانى ، وهو « حقوق الامتياز الخاصة على منقول المتأخرة عن حقوق الامتياز العامة » .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٩٧ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٦٥٧ .

المبحث الأول

حقوق الامتياز العامة

وحقوق الامتياز الخاصة على منقول التي تتقدمها

٦٦٩ – تناول حقوق الامتياز وفقاً لترتيبها : ويتناول حقوق الامتياز بحسب ترتيبها ، على الوجه الوارد في التشريع .

٦٧٠ – حقوق امتياز أربعة : ونبحث هنا حقوق امتياز أربعة ، على الترتيب الآتي :

١ – المصروفات القضائية .
٢ – المبالغ المستحقة للخزانة العامة .
٣ – مصروفات الحفظ والترميم .
٤ – حقوق الامتياز العامة .

§ ١ – المصروفات القضائية

٦٧١ – نص قانوني : نصت المادة ١١٣٨ مدنى على ما يأتي :

« ١ – المصروفات القضائية التي أنفقت لمصلحة جميع الدائنين في حفظ أموال المدين وبيعها لها امتيار على ثمن هذه الأموال » .

« ٢ – وتستوفى هذه المصروفات قبل أى حق آخر ولو كان ممتازاً أو مضموناً برهن رسمى ، بما في ذلك حقوق الدائنين الذين أنفقت المصروفات في مصلحتهم ، وتتقدم المصروفات التي أنفقت في بيع الأموال على تلك التي أنفقت في إجراءات التوزيع »[١] .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٥٨٠ من المشروع التمهيدى . وأقرته =

وجاء فى مذكرة المشروع التمهيدى ، فى خصوص هذا النص ، ما يأتى :

« الحق الممتاز : هو المصروفات القضائية التى أنفقت لمصلحة الدائنين المشتركة فى حفظ أموال المدين وبيعها . فنفقات الحجوز التحفظية ، والحراسة ، والحجز التنفيذى ، وإجراءات نزع الملكية ، والتوزيع ، كلها ممتازة على أن تكون لمصلحة الدائنين المشتركة . فما كان منها لمصلحة خاصة لدائن معين ، كما فى . . . . . إجراءات تحقيق الدين لأحد الدائنين ، فلا يدخل فى هذا الامتياز .

ـــ لجنة المراجعة بعد تعديل الفقرة الأولى تعديلا لفظياً بسيطاً ، تحت رقم ١٢٤٢ فى المشروع النهائى . وأقره مجلس النواب تحت رقم ١٢٢٧ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١١٣٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٩٩ – ص ٣٠١) .

التقنين المدنى السابق م ٦٠١ بند أول / ٧٢٧ بند أول : الديون الممتازة هى الآتية : (أولا) المصاريف القضائية المنصرفة لحفظ أملاك المدين وبيعها ، وتدفع من ثمن هذه الأملاك قبل ديون الدائنين الذين صرفت تلك المصاريف لمنفعتهم .

التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين السورى م ١١١٧ : ١ – المصروفات القضائية التى أنفقت لمصلحة جميع الدائنين فى حفظ أموال المدين وبيعها ، له امتياز على ثمن هذه الأموال . ٢ – وتستوفى هذه المصروفات قبل أى حق آخر ولو كان ممتازاً أو مضموناً برهن ، بما فى ذلك حقوق الدائنين الذين أنفقت المصروفات فى مصلحتهم ، وتتقدم المصروفات التى أنفقت فى بيع الأموال على تلك التى أنفقت فى إجراءات التوزيع .

التقنين الليبى م ١١٤٢ : ١ – المصروفات القضائية التى أنفقت لمصلحة جميع الدائنين فى حفظ أموال المدين وبيعها ، لها امتياز على ثمن هذه الأموال . ٢ – وتستوفى هذه المصروفات قبل أى حق آخر ، ولو كان ممتازاً أو مضموناً برهن اتفاقى ، بما فى ذلك حقوق الدائنين الذين أنفقت المصروفات فى مصلحتهم ، وتتقدم المصروفات التى أنفقت فى بيع الأموال على تلك التى أنفقت فى إجراءات التوزيع .

التقنين العراقى م ١٣٦٩ : ١ – المصروفات القضائية التى أنفقت لمصلحة جميع الدائنين فى حفظ أموال المدين وبيعها وتوزيعها ، لها حق امتياز على ثمن هذه الأموال . ٢ – وتستوفى هذه المصروفات قبل أى دين آخر ، ولو كان ممتازاً أو موثقاً بالرهن ، وتقدم المصروفات التى أنفقت فى حفظ الأموال وبيعها على تلك التى أنفقت فى إجراءات التوزيع .

محل الامتياز : هو الثمن الذى رسا به المزاد عند بيع أموال المدين . فالامتياز إذن يقع على منقول . وقد يكون خاصاً إذا كان التنفيذ على أعيان محددة عقاراً كانت أو منقولا ، وقد يكون عاماً إذا بيعت كل أموال المدين .

مرتبة الامتياز : هى المرتبة الأولى . أما فيما بين هذه الديون الممتازة ، فتتقدم مصروفات الحفظ والبيع (وهى متساوية فيما بينها) على مصروفات التوزيع »[1] .

٦٧٢ — الحق الممتاز : قد يستدعى الأمر اتخاذ إجراءات قضائية لحفظ بعض أموال المدين وبيعها وتوزيعها لمصلحة الدائنين المشتركة . وقد تكون هذه المصروفات القضائية مستحقة للمحكمة . ولكن قد يكون أحد المأمورين القضائيين هو الذى أنفقها ويريد الرجوع بها ، كالحارس[2] ، والسنديك[3] ، ومصفى التركة[4] ، والخبير[5] ، والمحامى قبل مدين

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٣٠٠ .

(٢) استئناف مختلط ١٥ فبراير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٢٤٣ — ١١ يونيه سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٤٥٣ — ٢٦ مايو سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٤٠٥ — ٣ مايو سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢٧٧ — ٢٢ مايو سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٣٠ .

وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن للحارس القضائى امتيازاً بنفقاته وأتعابه وفقاً للمادة ٧٢٧ بند أول مختلط على ثمن محصول الأرض وعلى ثمن الأرض ذاتها (استئناف مختلط ٢٠ مايو سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ١٧٩) . وقضت أيضاً بأن مصروفات الحارس القضائى وأتعابه تكون ممتازة (استئناف مختلط ١٧ يونيه سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ٢٤١) — وانظر بالنسبة إلى أجرة الحارس القضائى الذى يوكل إليه حفظ الشىء المحجوز عليه : استئناف مختلط ٢٤ فبراير سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٢٥٣ .

(٣) استئناف مختلط ١٨ يونيه سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٣٧٤ (حق السنديك الناشىء من مصروفاته وأتعابه لصالح دائنى التفليسة ، سواء كان للمحافظة على أموال المدين أو لتصفيتها أو توزيع الثمن الناتج من بيعها) .

(٤) استئناف مختلط ٢٧ فبراير سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٢٥٣ .

(٥) استئناف مختلط ١٤ أبريل سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ١٦٨ .

موكله[١] . وقد يكون أحد الدائنين هو الذى أنفقها ، ويريد الرجوع بها[٢] .

ويشترط فى المصروفات القضائية شروط ثلاثة :

١ — أن تكون قد أنفقت فى إجراءات قضائية لازمة لحفظ أموال المدين وبيعها وتوزيع ثمنها . والمقصود بحفظ الأموال المحافظة القانونية عليها ، تمهيداً لبيعها وتوزيع ثمنها على الدائنين ، لا حفظها من التلف المادى فمصروفات الحفظ من التلف يضمنها امتياز مصروفات الحفظ والترميم[٣].

مثل ذلك نفقات الحجوز التحفظية ، والحجوز التنفيذية ، وإجراءات نزع الملكية ، ودعوى الحراسة ، والتوزيع ، ونفقات الدعوى غير المباشرة[٤] ، والدعوى البولصية ، وشهر إفلاس التاجر[٥] . ويمتد الامتياز إلى نفقات عمليات غير قضائية تقتضيها الإجراءات القضائية[٦] ، كنفقات وضع الأختام ، وتحرير محاضر حصر التركة ، وإجراءات القسمة ، وإدارة المال الموضوع تحت الحراسة ، وتصفية التركة[٧] . ولا يشترط أن تكون

---

(١) استئناف مختلط ٢٣ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣٥١ — ٢ أبريل سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٠٦ . أما أتعاب المحامى المستحقة قبل موكله ، فيضمنها امتياز خاص .

والمصروفات القضائية التى أنفقها المدين نفسه لا امتياز لها : استئناف مختلط ٢٥ أبريل سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٣٢١ — ٢ أبريل سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٠٦ — ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٤٢ م ٥٥ ص ٢٢ .

(٢) استئناف مختلط ١٤ يونيه سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٥٥٠ .

(٣) بيدان وڤواران فقرة ٤١١ .

(٤) بيدان وڤواران فقرة ٤١١ .

(٥) استئناف مختلط ٢٧ مارس سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢١٩ .

(٦) استئناف مختلط ٢٧ فبراير سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٢٥٣ — ١٤ أبريل سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ١٦٨ .

(٧) استئناف مختلط ٢٧ فبراير سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٢٥٣ — الاسكندرية المختلطة ديسمبر سنة ١٩٤٠ م ٥٣ ص ٢٤ .

الإجراءات قد اتخذت بناء على طلب أحد الدائنين ، فيجوز أن تكون قد اتخذت بناء على طلب أحد شركاء المدين ما دام أنها قد عادت بالفائدة على الدائنين »[١] .

٢ ــ أن تكون الإجراءات قد اتخذت وفقاً للقانون ــ فتكون ممتازة مصروفات من يكون اشتراكهم فى الإجراءات لازماً كالمأمورين القضائيين والخبراء ، ولا تكون ممتازة مصروفات من يقوم بعمل تصفية ودية لأموال المدين من غير أن يحصل على توكيل من كل أصحاب الشأن[٢] .

٣ ــ أن تكون المصروفات قد أنفقت لمصلحة الدائنين المشتركة . فما صرف منها لمصلحة أحد الدائنين ، كمصروفات إجراءات تحقيق الدين لأحد الدائنين[٣] ، لا يدخل فى الامتياز[٤] . وقد قضى بأن مصروفات الإجراءات التى قام بها أحد الدائنين ، والتى أدت إلى حفظ الضمان العام الذى للدائنين ، كدين المدين على آخر ، هى ديون ممتازة[٥] .

ويقدر القاضى ما إذا كانت المصروفات القضائية قد أنفقت فى حفظ أموال المدين وبيعها ، وفى مصلحة مشتركة للدائنين[٦] .

٦٧٣ — محل الامتياز : والامتياز يقع على الثمن الذى رسا به المزاد ، عند بيع أموال المدين التى حفظت على النحو المتقدم[٧] . فإذن يكون محل

---

(١) استئناف مختلط ١٤ أبريل سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ١٦٨ .

(٢) بلانيول وريبير وبيكيه فقرة ٢٠ .

(٣) وكذلك مصروفات الدعوى البولصية فى التقنين المدنى السابق .

(٤) بودرى ودى لوان فقرة ٣١٤ — أوبرى ورو فقرة ٢٦٠ هامش ٥ — بلانيول وريبير وبيكيه فقرة ٢١ — استئناف مختلط ٢٧ فبراير سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٢٠٣ .

(٥) استئناف مختلط ١٥ يناير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١٥٠ .

(٦) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه ليس من اختصاص القضاء المستعجل الفصل فيما يعتبر مصروفات قضائية لازمة وممتازة وما لا يعتبر كذلك (استئناف مختلط ١٠ يونيه سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٤٤٤) .

(٧) استئناف مختلط ١٨ يونيه سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٣٧٤ .

الامتياز ثمناً ، وهو منقول خاص ، ومن هنا كان الامتياز امتيازاً خاصاً على منقول ، ولو كان الذى بيع من أموال المدين كله عقاراً .

وتقع المصروفات القضائية على أعيان معينة ، عقارات كانت أو منقولات[1] . فمتى بيعت ، تحولت كلها إلى أثمان وهى منقولات ، فيقع الامتياز على هذه المنقولات .

وقل أن تقع المصروفات القضائية على جميع أموال المدين ، فإن وقعت كان الامتياز عاماً ، لأن ثمن جميع أموال المدين هو كل ما يملك المدين[2] .

٦٧٤ — مرتبة الامتياز : ومرتبة الامتياز هى الأولى بين جميع حقوق الامتياز ، فلا يتقدم امتياز آخر هذا الامتياز ، ولا يعادله .

ويستوى فى ذلك أن يكون الدائن هو خزانة المحكمة نفسها ، أو أحد المأمورين القضائيين ، أو أحد الدائنين ، أو غير ذلك[3]

وتستوفى هذه المصروفات قبل أى حق آخر ، ولو كان ممتازاً أو مضموناً برهن ، حتى لو كان هذا الحق الآخر هو حق أحد الدائنين الذين أنفقت المصروفات القضائية فى مصلحتهم (م ١١٣٨/٢ مدنى) .

وإذا تزاحمت المصروفات القضائية فيما بينها ، تقدمت المصروفات التى أنفقت فى حفظ أموال المدين أو فى بيعها ، ثم تأتى بعد ذلك مصروفات إجراءات التوزيع (م ١١٣٨/٢ مدنى) .

ويتساوى الدائنون بمصروفات الحفظ والبيع فيما بينهم، ثم يتساوى الدائنون بنفقات التوزيع[4] .

---

(١) بودرى ودى لوان فقرة ٣١٦ وفقرة ٦٤٠ – پلانيول وريپير وبيكيه فقرة ٢٣ .

(٢) محمد كامل مرسى فقرة ٣٩٣ .

(٣) پلانيول وريپير وبيكيه فقرة ١٨ .

(٤) بيدان وڤواران فقرة ٤١١ .

وانظر فى المصروفات القضائية : استئناف مختلط ٢٧ فبراير سنة ١٩٢٣م ٣٥ ص ٢٥٣ — —

§ ٢ – المبالغ المستحقة للخزانة العامة

٦٧٥ – *نص قانوني* : وقد نصت المادة ١١٣٩ مدنى على ما يأتى :

« ١ المبالغ المستحقة للخزانة العامة من ضرائب ورسوم وحقوق أخرى من أى نوع كان ، يكون لها امتياز بالشروط المقررة فى القوانين والأوامر الصادرة فى هذا الشأن » .

« ٢ – وتستوفى هذه المبالغ من ثمن الأموال المثقلة بهذا الامتياز فى أية يد كانت قبل أى حق آخر ، ولو كان ممتازاً أو مضموناً برهن رسمى ، عدا المصروفات القضائية »[1] .

= ١٥ يناير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١٥٠ – ٤ فبراير سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٢٥٣ – ١٥ فبراير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٢٤٣ – ٢٥ أبريل سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٣٢١ – ١٨ يونيه سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٣٧٤ – ٢٠ مايو سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ١٧٩ – ١٤ أبريل سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ١٦٨ – ١٧ يونية سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ٢٤١ .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٥٨١ من المشروع التمهيدى . وأقرته لجنة المراجعة بعد تعديلات لفظية طفيفة ، تحت رقم ١٢٤٣ فى المشروع النهائى . وأقره مجلس النواب تحت رقم ١٢٢٨ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١١٣٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٣٠١ – ص ٣٠٣) .

التقنين المدنى السابق م ٦٠٢ بند ٢ أهلى : المبالغ المستحقه للميرى من أموال أو رسوم أيا كان نوعها ، وتكون هذه المبالغ ممتازة بحسب الشرائط المقررة فى الأوامر واللوائح المختصة بها ، ويجرى مقتضى امتيازها على كافة أموال المدين .

التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين السورى م ١١١٨ : ١ – المبالغ المستحقة للخزانة العامة من ضرائب ورسوم وحقوق أخرى من أى نوع كانت ، يكون لها امتياز بالشروط المقررة فى القوانين والأوامر الصادرة فى هذا الشأن . ٢ – وتستوفى هذه المبالغ من ثمن الأموال المثقلة بهذا الامتياز فى أية يد كانت قبل أى حق آخر ، ولو كان ممتازاً أو مضموناً برهن ، عدا المصروفات القضائية .

التقنين الليبى م ١١٤٣ : ١ – المبالغ المستحقة للخزانة العامة من ضرائب ورسوم وحقوق أخرى من أى نوع كانت ، يكون لها امتياز بالشروط المقررة فى القوانين واللوائح الصادرة فى هذا الشأن . ٢ – وتستوفى هذه المبالغ من ثمن الأموال المثقلة بهذا الامتياز فى أية =

وقد ورد فى مذكرة المشروع التمهيدى ، فى خصوص هذا النص ، ما يأتى :

« الحق الممتاز : هو الضرائب والرسوم وكل المبالغ المستحقة للخزانة العامة (انظر الأمر العالى الصادر فى ١٠ سبتمبر سنة ١٨٧٢ والأمر العالى الصادر فى ١٣ مارس سنة ١٨٨٤) .

محل الامتياز : هو ثمن الأموال المثقلة بهذا الامتياز طبقاً للقوانين الخاصة. وتكون هذه الأموال عادة منقولا (كمحصولات وأمتعة) . وقد يمتد الامتياز إلى عقار إذا لم يكف المنقول ، فيصبح الامتياز عقارياً بطريقة عرضية .

مرتبة الامتياز : هى المرتبة الثانية ، بعد امتياز المصروفات القضائية — ولا يشهر الامتياز إذا وقع على عقار كما تقدم »[1] .

٦٧٦ — الحق الممتاز : لا بد فى ذلك من الرجوع إلى القوانين الخاصة المتعلقة بالأموال والعوايد والضرائب والرسوم[2] . وأهم هذه القوانين هى : القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ بفرض ضريبة على إيرادات رؤوس الأموال

= يد كانت قبل أى حق آخر ، ولو كان ممتازاً أو مضموناً برهن اتفاق ، عدا المصروفات القضائية .

التقنين العراقى م ١٣٧٠ : ١ — المبالغ المستحقة للخزينة من ضرائب ورسوم ونحوها يكون لها حق امتياز بالشروط المقررة فى القوانين والنظم الصادرة بهذا الشأن . ٢ — وتستوفى هذه المبالغ من ثمن الأموال المثقلة بحق الامتياز هذا فى أى يد كانت ، وذلك بعد المصروفات القضائية وقبل أى حق آخر ولو كان ممتازاً أو موثقاً برهن .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٣٠١ — ص ٣٠٣ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن النص فى الفقرة الأولى من المادة ١١٣٩ مدنى يدل على أن المبالغ المستحقة للخزانة العامة لا تكون ممتازة إلا بقوانين وأوامر خاصة (نقض مدنى ١١ مايو سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ رقم ١٤٥ ص ١٠٧٠) . وقضت فى نفس الحكم بأن دين الضريبة إذا كان متمتعاً بامتياز عام ، فحقوق الامتياز العامة لا يجب فيها الشهر ولا يثبت فيها حق التتبع ولو كان محلها عقاراً .

المنقولة وعلى الأرباح الصناعية والتجارية وعلى أرباح المهن الحرة وعلى كسب العمل ، والقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٣٩ بتقرير رسم دمغة ، والقانون رقم ١١٣ لسنة ١٩٣٩ بضريبة الأطيان ، والقانون رقم ٩٩ لسنة ١٩٤٩ بتقرير ضريبة تصاعدية على الإيراد العام ، والقانون رقم ٥٦ لسنة ١٩٥٤ بشأن الضريبة على العقارات المبنية .

وقد نص القانون رقم ١١٣ لسنة ١٩٣٩ فى المادة ١٦ منه على أن « للخزانة فيما يختص بتحصيل الضريبة حق امتياز على الأراضى المستحقة عليها الضريبة ، وكذلك ثمارها ومحصولاتها وعلى المنقولات والمواشى التابعة لهذه الأراضى » . ونص القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ على أن تكون الضرائب والمبالغ الأخرى المستحقة للحكومة بمقتضى هذا القانون ديناً ممتازاً على جميع أموال المدينين بها أو الملتزمين بتوريدها للخزانة بحكم القانون . ونص القانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٣٩ على أن تحصل الرسوم . . . . . بالطريقة الإدارية إلخ إلخ .

فتعتبر من الديون الممتازة أموال الأطيان الزراعية وعوايد الأملاك المبنية وضريبة إيرادات رؤوس الأموال المنقولة وضريبة الأرباح الصناعية والتجارية وضريبة أرباح المهن الحرة وضريبة كسب العمل وضريبة الإيراد العام ورسم الدمغة وضريبة التركات ، وغير ذلك من الضرائب والرسوم التى نصت عليها القوانين المختلفة .

٦٧٧ — محل الامتياز : ومحل الامتياز منصوص عليه فى هذه القوانين المختلفة .

مثل ذلك المادة ٢٧ من القانون رقم ٥٦ لسنة ١٩٥٤ (ضريبة العقارات المبنية) تنص على أن للحكومة فيما يختص بتحصيل الضريبة حق الامتياز على الإيجار والإيراد الخاص بالعقارات المبنية وعلى المبانى والأراضى المقامة عليها . والمادة ١٦ من القانون رقم ١١٣ لسنة ١٩٣٩ (ضريبة الأطيان)

تنص على أن للخزانة فيما يختص بتحصيل الضريبة حق امتياز على الأراضى المستحقة عليها الضريبة وكذلك ثمارها ومحصولاتها وعلى المنقولات والمواشى التابعة لهذه الأراضى[١] ، والمادة ٩٠ (معدلة بالقانون رقم ١٤٦ لسنة ١٩٥٠) من القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ (ضريبة الإيراد النوعى) تنص على أن تكون الضرائب والمبالغ الأخرى المستحقة للحكومة ديناً ممتازاً على جميع أموال المدينين بها ، والمادة ٤٣ من القانون ١٤٢ لسنة ١٩٤٤ (رسم أيلولة على التركات) تنص على أنه يكون للحكومة لأجل تحصيل رسم الأيلولة حق امتياز على نصيب كل وارث إلخ إلخ ،

٦٧٨ — مرتبة الامتياز : وامتياز الحكومة بما لها من ضرائب ورسوم يأتى فى المرتبة الثانية بعد المصروفات القضائية التى يحتل امتيازها المرتبة الأولى كما قدمنا .

وإذا دفع هذه الضرائب والرسوم شخص غير مدين بها ، فإنه يحل محل الخزانة العامة فى امتيازها[٢] .

٦٧٩ — حق التتبع : وامتياز الحكومة فى الضرائب والرسوم يخول الحكومة حق التتبع (الفقرة الثانية من المادة ١١٣٩ مدنى) . ولكن إذا وقع الامتياز على منقول ، فإنه لا يحتج بحق الامتياز على من حاز المنقول بحسن نية . وإذا وقع على عقار ، فإنه لا يجب الشهر ويثبت حق التتبع دون شهر .

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن مصلحة الضرائب تمسكت بأن دين الضريبة مضمون بحق امتياز يرد على كافة أموال المدين من منقول وعقار ، وبأن حق الامتياز يخولها حق تتبع أموال المدين فى أى يد كانت ، ولما كان الحكم قد خلا من الإشارة إلى هذا الدفاع الجوهرى والرد عليه ، فإنه يكون معيباً بالقصور ، مما يستوجب نقضه فى هذا الخصوص (نقض مدنى ٢٢ أكتوبر سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ ص ٦٤) .

(٢) استئناف مختلط ٢١ يناير سنة ١٩٣٠ المحاماة ١٠ رقم ٣٩٩ ص ٧٩٤ .

§ ٣ - مصروفات الحفظ والترميم

٦٨٠ - *نص قانوني* : وقد نصت المادة ١١٤٠ مدنى على ما يأتى :

« ١ - المبالغ التى صرفت فى حفظ المنقول وفيما يلزم له من ترميم ، يكون لها امتياز عليه كله » .

« ٢ - وتستوفى هذه المبالغ من ثمن هذا المنقول المثقل بحق الامتياز بعد المصروفات القضائية والمبالغ المستحقة للخزانة العامة مباشرة ، أما فيما بينها فيقدم بعضها على بعض بحسب الترتيب العكسى لتواريخ صرفها »[1] .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٥٨٢ من المشروع التمهيدى . وأقرته لجنة المراجعة ، بعد تعديله تعديلا لفظياً طفيفاً فصار مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، تحت رقم ١٢٤٤ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٢٢٩ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١١٤٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٣٠٣ - ص ٣٠٦) .

التقنين المدنى السابق م ٦٠٣ / ٧٢٩ : المبالغ المستحقة فى مقابلة ما صرف لصيانة الشىء تكون مقدمة على جميع ما عداها من الديون ، ويكون الترتيب بين تلك المصاريف فى المنقولات بعكس ترتيب تواريخ الصرف عليها .

التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين السورى م ١١١٩ : ١ - المبالغ التى صرفت فى حفظ المنقول وفيما يلزم له من ترميم ، يكون لها امتياز عليه كله . ٢ - وتستوفى هذه المبالغ من ثمن هذا المنقول المثقل بحق الامتياز بعد المصروفات القضائية والمبالغ المستحقة الخزانة العامة مباشرة ، أما فيما بينها فتستوفى بنسبة قيمة كل منها .

التقنين الليبى م ١١٤٤ : ١ - المبالغ التى صرفت فى حفظ المنقول وفيما يلزم له من ترميم ، يكون لها امتياز عليه كله . ٢ - وتستوفى هذه المبالغ من ثمن هذا المنقول المثقل بحق الامتياز بعد المصروفات القضائية والمبالغ المستحقة الخزانة العامة مباشرة . أما فيما بينها ، فيقدم بعضها على بعض بحسب الترتيب العكسى لتواريخ صرفها .

التقنين العراقى م ١٣٧١ : ١ - المبالغ التى صرفت لحفظ المنقول وفيما يلزم له من إصلاح يكون لها حق امتياز عليه كله . ٢ - وتستوفى هذه المبالغ من ثمن المنقول مباشرة بعد المصروفات القضائية والمبالغ المستحقة الخزينة . أما فيما بينها ، فيقدم بعضها على بعض حسب الترتيب العكسى لتواريخ صرفها .

وقد جاء فى مذكرة المشروع التمهيدى ، فى خصوص هذا النص ، ما يأتى :

« الحق الممتاز : هو المبالغ التى صرفت فى حفظ المنقول وترميمه ، كأجرة الساعاتى ومصلح السيارة والسنديك والحارس ، ولا يدخل مبلغ التأمين ولا الرسوم الجمركية ولا أجرة النقل من مكان إلى مكان .

محل الامتياز : هو كل المنقول الذى حفظ أو رمم ، لا ما زاد فيه بسبب الحفظ والترميم فحسب ، ولذلك ينص المشروع (م ١٥٨٢ فقرة أولى) على أن الامتياز يقع على كل هذا المنقول .

مرتبة الامتياز : هى الثالثة ، بعد المصروفات القضائية ومبالغ الخزانة العامة . أما فيما بينها ، فيقدم ما صرف آخراً »[1] .

٦٨١ — الحق الممتاز : أى المبالغ التى صرفت فى حفظ المنقول وفيما له من ترميم . فلا بد أن يكون المحفوظ أو المرمم منقولا لا عقاراً ، كسيارة أو آلة أو ساعة أو أثاث أو غير ذلك من المنقولات . أما العقار فلا يدخل ، وكان يدخل فى التقنين المدنى السابق ، واستعيض عنه فى التقنين الجديد بامتياز المهندسين والمقاولين إذا رمموا مبنى أو صانوه[2] .

فجميع المصروفات التى أنفقت فى حفظ المنقول ووقايته من أن يهلك أو يتلف كله أوبعضه ، وجميع المصروفات التى لولاها لأصبح المنقول غير صالح للاستعمال الذى كان معداً له[3] ، وجميع المصروفات التى أنفقت لمنع المنقول من الضياع[4] ، كل هذه تعتبر ديوناً ممتازة .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٠٥ .

(٢) انظر فى ذلك محمد كامل مرسى فقرة ٤٠٤ ص ٥٣٤ هامش ٣ – سليمان مرقس فقرة ٣٤١ ص ٥٤٣ .

(٣) استئناف مختلط ١٤ يونية سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٥٠٠ – ١١ مايو سنة ١٩٢٧ م ٢٩ ص ٤٦١ .

(٤) فمصروفات علاج الشخص المستحق فى وقت تعتبر من مصروفات الحفظ والصيانة =

وأمثلة ذلك أجرة الميكانيكى الذى يصلح سيارة أو آلة ، وأجرة الساعاتى الذى يصلح ساعة ، وأجرة النجار الذى يصلح أثاث منزل ، والمصروفات التى ينفقها شخص لإنقاذ منقول لغيره من الحريق أو من الغرق ، والمصروفات التى ينفقها الوكيل لتحصيل دين من الديون أو لحفظه[1]، وأتعاب السنديك ومصفى التركة ، ومصروفات الحارس مقابل إدارته الأموال المسلمة إليه[2] .

ويثبت هذا الامتياز لمن أنفق المصروفات بنفسه ، أو لمن قدمها لينفقها غيره سواء كان مالك المنقول أو شخصاً آخر . ولقاضى الموضوع التقدير فيما إذا كانت هذه المصروفات قد أدت بالفعل إلى حفظ الشيء ، أو إلى ترميمه[3] .

ولا يشترط أن تكون المصروفات قد أنفقت بقصد حفظ المنقول أو ترميمه ، بل يكفى أن تكون قد أدت فعلا إلى الحفظ والترميم[4] :

ولا يدخل مبلغ التأمين ، ولا الرسوم الجمركية ، ولا أجر النقل من مكان إلى آخر ، ولا مصروفات « الجراج » ، ولا ثمن الزيت والبنزين[5].

ولا تدخل كذلك المصروفات النافعة ، كمصروفات صباغة الصوف ومصروفات تغيير السيارة ، وكذلك لا امتياز لقرض النقود[6].

= المعارضة فيما يتعلق بالاستحقاق فى الوقف (استئناف مختلط ١٦ مايو سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٤٠٤) .

(١) بلانيول وريبير وبيكيه فقرة ١٨٥ .

(٢) بلانيول وريبير وبيكيه فقرة ١٨٥ .

(٣) بيدان وفواران فقرة ٥٠٠ – بلانيول وريبير وبيكيه فقرة ١٨١ .

(٤) بيدان وفواران فقرة ٥٠٠ – عبد الفتاح عبد الباقى ص ٦٩٨ – محمد على إمام ص ٥٩٠ – سليمان مرقس فقرة ٣٤١ ص ٥٤٤ – ص ٥٤٥ – محمد كامل مرسى فقرة ٤٠٥ ص ٥٣٧ .

(٥) محمد كامل مرسى فقرة ٤٠٥ ص ٥٣٧ وهامش ١ .

(٦) محمد كامل مرسى فقرة ٤٠٦ وفقرة ٤٠٨ – سليمان مرقس فقرة ٣٤١ ص ٥٤٥ .

٦٨٢ – محل الامتياز : يقع الامتياز على كل المنقول المحفوظ أو المرمم ، لا على ما زاد فيه بسبب الترميم والحفظ فحسب . وهذا ما تنص عليه صراحة الفقرة الأولى من المادة ١١٤٠ مدنى ، فيما رأينا .

ولا يشترط أن يكون المنقول فى حيازة الدائن ، لأن الامتياز ليس مبنياً على فكرة الرهن الضمنى ، بل على حفظ المنقول وترميمه[١] .

ويشترط فى بقاء الامتيار أن يظل المنقول محتفظاً بذاتيته ، فإذا تغير المنقول تغيراً مادياً أضاع معالمه الأصلية ، أو اندمج فى عقار فصار عقاراً بطبيعته ، فإن الامتياز يزول . ولكن لا يزول الامتياز ، إذا تغيرت حالة المنقول ولكنه لم يفقد ذاتيته ، أو أصبح عقاراً بالتخصيص[٢] .

٦٨٣ – مرتبة الامتياز : مرتبة هذا الامتياز هى المرتبة الثالثة ، فيأتى بعد المصروفات القضائية والمبالغ المستحقة للخزانة العامة .

فيباع المنقول ، ومن ثمنه تستوفى مصاريف حفظه وترميمه .

وإذا تعددت مصروفات الحفظ والترميم ، قدم منها ما كان متأخراً على المتقدم ، فإذا أنفقت مصروفات للحفظ والترميم فى يناير ، وأخرى فى فبراير من نفس السنة ، وثالثة فى مارس من نفس السنة ، استوفيت أولا مصروفات مارس ثم مصروفات فبراير ثم مصروفات يناير ، لأن المفروض أن مصروفات مارس هى التى كانت السبب فى حفظ مصروفات فبراير ومصروفات فبراير هى التى كانت السبب فى حفظ مصروفات يناير .

---

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن وضع المنقول تحت الحراسة لا يخل بامتياز مصروفات الحفظ والترميم (استئناف مختلط ١٦ يونيه سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ١٩٠) .

(٢) بيدان وڤواران فقرة ٥٠١ – محمد على إمام ص ٥٩٢ – سليمان مرقس فقرة ٣٤٢ – وإذا كان العقار الذى ألحق المنقول لخدمته فصار عقاراً بالتخصيص مرهوناً ، شمل الرهن المنقول وقدم الرهن على الامتياز إذا كان الدائن المرتهن حسن النية (سليمان مرقس فقرة ٣٤٢ ص ٥٤٧) .

٦٨٤ — **حق الحبس وحق التتبع** : وإذا كان المنقول فى حيازة من حفظه ورممه ، كان له أن يحبسه حتى يستوفى حقه (م ٢٤٦ مدنى) . فإذا خرج من حيازته برضاه ، فقد حق الحبس .

ويكون لمن حفظ المنقول ورممه حق تتبع المنقول ، لأن حق التتبع من مستلزمات هذا الحق ، ما لم يقع الشىء فى حيازة حائز حسن النية فيكون حق الحائز حسن النية مقدماً على حق حافظ المنقول ومرممه[1] .

§ ٤ – حقوق الامتياز العامة

٦٨٥ — **نص قانونى** : نصت المادة ١١٤١ مدنى على ما يأتى :

« ١ – يكون للحقوق الآتية امتياز على جميع أموال المدين من منقول وعقار :

(أ) المبالغ المستحقة للخدم والكتبة والعمال وكل أجير آخر ، من أجرهم ورواتبهم من أى نوع كان عن الستة الأشهر الأخيرة .

(ب) المبالغ المستحقة عما تم توريده للمدين ومن يعوله من مأكل وملبس فى الستة الأشهر الأخيرة .

(حـ) النفقة المستحقة فى ذمة المدين لأقاربه عن ستة الأشهر الأخيرة .

« ٢ – وتستوفى هذه المبالغ مباشرة بعد المصروفات القضائية والمبالغ المستحقة للخزانة العامة ومصروفات الحفظ والترميم ، أو فيما بينها فتستوفى بنسبة كل منها »[2] .

---

(١) سليمان مرقس فقرة ٢٤٤ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٥٨٣ من المشروع التمهيدى . وأقرته لجنة المراجعة ، بعد تعديلات لفظية طفيفة حتى صار مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، تحت رقم ١٢٤٥ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٢٣٠ ، =

وجاء فى مذكرة المشروع التمهيدى ، فى خصوص هذا النص ، ما يأتى :

« الحقوق الممتازة » هى :

١ ـ المبالغ المستحقة للخدمة والكتبة والعمال وكل أجير آخر عن أجرهم

= ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١١٤١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٣٠٦ – ص ٣٠٩) .

التقنين المدنى السابق م ٦٠١ البند الثانى / ٧٢٧ البند الثانى : المبالغ المستحقة للمستخدمين فى مقابلة أجر السنة السابقة على البيع أو الحجز أو الإفلاس ، والمبالغ المستحقة للكتبة والعملة فى مقابل أجرتهم مدة ستة أشهر ، وتدفع هذه المبالغ بنوعيها عند الاقتضاء بعد المصاريف القضائية ، ويجرى مقتضى هذا الامتياز على أموال المدين منقولة كانت أو ثابتة بدون فرق .

التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين السورى م ١١٢٠ : ١ – يكون للحقوق الآتية امتياز على جميع أموال المدين من منقول وعقار : (أ) المبالغ المستحقة للخدم والكتبة والعمال وكل أجير آخر ، من أجرهم ورواتبهم من أى نوع كان عن الستة الأشهر الأخيرة . (ب) المبالغ المستحقة عما تم توريده للمدين ولمن يعوله من مأكل وملبس فى الستة الأشهر الأخيرة . (ج) النفقة المستحقة فى ذمة المدين لأفراد أسرته وأقاربه . ٢ – وتستوفى هذه المبالغ مباشرة بعد المصروفات القضائية والمبالغ المستحقة للخزانة العامة ومصروفات الحفظ والترميم ، أما فيما بينها فتستوفى بنسبة كل منها .

التقنين الليبى م ١١٤٥ : ١ – يكون للحقوق الآتية امتياز على جميع أموال المدين من منقول وعقار : (ا) المبالغ المستحقة للخدم والكتبة والعمال وكل أجير آخر من أجرهم ورواتبهم من أى نوع كان عن الستة الأشهر الأخيرة . (ب) المبالغ المستحقة عما تم توريده للمدين ولمن يعوله من مأكل وملبس فى الستة الأشهر الأخيرة . (ج) النفقة المستحقة فى ذمة المدين لأقاربه عن الستة الأشهر الأخيرة . ٢ – وتستوفى هذه المبالغ مباشرة بعد المصروفات القضائية والمبالغ المستحقة للخزانة العامة ومصروفات الحفظ والترميم ، أما فيما بينها فتستوفى بنسبة كل منها .

التقنين العراقى م ١٣٧٢ : ١ – يكون للديون الآتية ، بقدر ما هو مستحق منها فى الستة الشهور الأخيرة ، حق امتياز على جميع أموال المدين من منقول وعقار : (أ) المبالغ المستحقة عما صرف للمدين ولمن يعوله من مأكل وملبس ودواء . (ج) النفقة المستحقة فى ذمة المدين لمن تجب نفقتهم عليه . ٢ – وتستوفى هذه المبالغ مباشرة بعد المصروفات القضائية والمبالغ المستحقة للخزينة ومصروفات الحفظ والإصلاح . أما فيما بينها ، فتستوفى بنسبة كل منها .

ومرتباتهم من أى نوع كان فى الستة الشهور الأخيرة ، فيشترط أن يكون الدائن أجيراً ، فيدخل الخادم والطاهى والبواب وسائق السيارة وخادم المزرعة والسكرتير الخاص والموظف ومربى الأطفال والوكيل المأجور والكاتب والعامل . ويلاحظ أن عبارة المشروع أوسع من عبارة التقنين الحالى (السابق). وقد قصرت الأجرة للجميع على ستة أشهر ، بدلا من سنة للبعض وستة أشهر للبعض الآخر كما هو الأمر فى التقنين الحالى (السابق) . وقد زال بذلك التناقض الموجود بين م ٦٠١ فقرة ٧٢٧/٣ فقرة ٢ و م ٢٧٣/٢٠٩ فى التقنين الحالى (السابق) .

٢ ـ المبالغ المستحقة عما ورد للمدين ولمن يعوله من مأكل وملبس فى الستة الشهور الإخيرة . فإذا استورد المدين مأكولات وملابس من التجار ، فما يبقى من ثمنها ديناً فى ذمته عن مدة لا تزيد عن الستة الشهور الأخيرة يكون ممتازاً . وقد تقدم أن هذا الدين يسقط بمضى سنة ، فالمستحق من أكثر من سنة يسقط منه ما زاد عن السنة ، وما كان فى حدود السنة نصفه غير ممتاز ونصفه ممتاز .

٣ ـ وكذلك الأمر بالنسبة للمبالغ المستحقة للأقارب ، أى النفقة المستحقة فى ذمة المدين لأقاربه عن الستة الشهور الأشيرة ، ويدخل فى ذلك نفقة الزوجة ، ودين النفقة ممتاز وغير قابل للحجز عليه .

محل الامتياز : جميع أموال المدين من عقار ومنقول ، ولا يشهر الامتياز فى العقار ولا تتبع فيه .

مرتبة الامتياز : هى الرابعة ، بعد المصروفات القضائية ومبالغ الخزانة العامة ومصروفات الحفظ والترميم . أما فيما بينها ، فتستوفى بنسبة كل منها »[1] .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٣٠٨ .

وانظر : استئناف مختلط ٣ ديسمبر سنة ١٩١٨ م ٣١ ص ٤١ – ٢٣ مارس سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٢٣ – ٧ يونيه سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٥٢٢ .

٦٨٦ – الحق الممتاز : الحق الممتاز هنـا ديون متفرقة ، وهى أنواع ثلاثة :

١ – أجر الخدم والكتبة والعمال وكل أجير آخر ، عن الشهور الستة الأخيرة :

٢ – المبالغ المستحقة لموردى المأكل والملبس ، عن الشهور الستة الأخيرة .

٣ – نفقة الزوجة والأقارب ، عن الشهور الستة الأخيرة[1] .

٦٨٧ – أجر الخدم والكتبة والعمال وكل أجير آخر : المبالغ المستحقة أجوراً لجميع الخدم والكتبة والعمال وكل أجير آخر ، عن الستة الأشهر الأخيرة ، هى حقوق ممتازة .

ويدخل فى هؤلاء الأجراء :

كل من يؤجر عمله لخدمة شخص المخدوم وأسرته ، فيدخل الخادم ، والطاهى ، وسائق السيارة ، والبواب ، ومربى الأطفال ، والفراش ، والمرضع ، والبستانى ، وكل أجير آخر يعمل فى خدمة شخص المخدوم وأسرته .

كل من يؤجر عمله كعامل أو كاتب ، فيدخل العامل ، والراعى ، وخادم المزرعة ، والكاتب ، وجميع المستخدمين الذين يشتغلون فى عمل مدنى أو صناعى أو تجارى أو زراعى . فيدخل عمال الزراعة ، والخولى ، والسكرتير ، والوكلاء المأجورون ، وغير هؤلاء ممن يؤجرون عملهم بالساعة أو باليوم أو بالأسبوع أو بالشهر أو بغير ذلك .

---

(١) وقد قرر المشرع المصرى ، ضمن حقوق الامتياز الخاصة المقررة بقوانين خاصة ، حق امتياز نفقات تجهيز الميت فى المادة ٤ من القانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ الخاص بالمواريث ، وحق امتياز التعويض المستحق عن إصابات العمل فى القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٥٠ الخاص بإصابات العمل .

ولا يدخل الممثلون، ولا العازفون على آلات الموسيقى ، ولا المقاولون ، ولا الموظفون العامون .

ويدخل فى حساب الأجر الذى يضمنه الامتياز كل ما يتقاضاه الأجير فى مقابل عمله من راتب أو أجر ، ومكافآت ، وعلاوات غلاء ، ونسب مئوية من ثمن المبيعات ، وبدل انتقال وبدل سفر وبدل اغتراب .

ولا تدخل التعويضات التى تستحق للأجير بسبب فصله فى وقت غير لائق[1] ، ولا المكافأة التى تستحق له عند انتهاء مدة خدمته[2] ، ولا المصروفات القضائية التى أنفقها الأجير للحصول على حكم بأجرته[3] ، ولا ما أنفقه الأجير فى مصلحة رب العمل ولا ما قدمه له على سبيل القرض[4] .

ولا يضمن الامتياز من الأجر إلا ما يقابل الستة الأشهر الأخيرة ، أى الستة الأشهر السابقة مباشرة لتاريخ الحادث الذى أدى إلى تصفية أموال المدين كالوفاة والإعسار وشهر الإفلاس[5] . فاذا لم يقع حادث من هذا النوع ، وأريد استعمال حق الامتياز على مال معين من أموال المدين ،

---

(١) استئناف مختلط ١٠ نوفبر سنة ١٩٣٧ م ٥٠ ص ١٤ – وقد صدر فى فرنسا قانون ١٩ يوليه سنة ١٩٢٨ يقرر امتيازاً للتعويضات التى تستحق للعامل بسبب تعسف رب العمل فى استعمال حقه فى فسخ عقد العمل غير محدد المدة أو بسبب فسخه هذا العقد دون مراعاة مواعيد التنبيه (انظر بيدان وفواران فقرة ٤٢٣) .

(٢) الإسكندرية الكلية ٤ نوفبر سنة ١٩٥٦ المحاماة ٢٨ رقم ٥٧٢ ص ١٢٨٩ .

(٣) استئناف مختلط ٢٥ مايو سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٣٨ .

(٤) بلانيول وريبير وبيكيه فقرة ٤٢ . ولكن المادة ٨ من القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٥٠ الصادر بشأن إصابات العمل ألحق جميع المبالغ المستحقة للعامل المصاب (أو لمن يستحقون التعويض) بالمبالغ المستحقة للأجراء وجعلها ممتازة فى نفس مرتبتها . والمادة ٥ من القانون رقم ١١٧ لسنة ١٩٥٠ بشأن التعويض عن أمراض المهنة ألحقت المبالغ المستحقة للعامل بالمبالغ المستحقة للأجراء .

(٥) استئناف مختلط ٢٥ مايو سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٣٨ – أول مايو سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢٧٢ .

كانت الأجرة المضمونة بالامتياز هى أجرة الستة الأشهر السابقة على الحجز أو السابقة على البيع[1] . أما ما يستحق للأجير بعد ذلك ، فلا يكون له امتياز[2] .

٦٨٨ — المبالغ المستحقة لموردى المأكل والملبس : اختار القانون من الحاجات الضرورية المأكل والملبس وحدهما .

فلا يشمل ذلك الحاجات الضرورية الأخرى ، كالتدفئة وكالتهوية وكالأدوية وكأى نوع من الخدمات التى يحتاج إليها الإنسان .

ولا يضمن الامتياز المأكل والملبس ، إلا إذا كان التوريد ممن يتجرون فى ذلك . أما إذا ورد المأكل والملبس صديق أو جار لا يتجر ، فلا يكون الثمن مضموناً بالامتياز[3] .

ومتى ورد المأكل والملبس تاجراً كان الثمن ممتازاً ، ولو كان هذاالتاجر غير مقيد فى السجل التجارى ولا يؤدى ضريبة الدخل على الأرباح التجارية[4] .

ويشترط أن يكون توريد المأكل والملبس لاستهلاكهما ، أما إذا كان توريدهما للاتجار فيهما فلا يكون ثمنهما ممتازاً .

وكذلك يشترط أن يكون التوريد لاستعمال المدين شخصياً أو استعمال

---

(١) استئناف مختلط أول مايو سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢٧٢ .

(٢) استئناف مختلط ٢٣ مارس سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٢٣ — ٧ يونيه سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٥٢٢ — أول مايو سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢٧٢ — والأجر تسقط بمضى سنة (م ٣٧٨ / ١ مدنى) ، فإذا كانت هناك أجر عن سنة ونصف ، كانت أجرة الستة الأشهر الأخيرة ممتازة ، وأجرة الستة الأشهر التى قبلها غير ممتازة ولكنها قائمة ، وأجرة الستة الأشهر التى قبل ذلك تكون قد سقطت إذا حلف رب العمل أنه أداها (م ٢/٣٧٨ مدنى) .

(٣) بيدان رڤواران فقرة ٤٢٦ — محمد كامل مرسى فقرة ٤٢٣ ص ٥٥٤ — سليمان مرقس فقرة ٣٤٧ ص ٥٥٧ .

(٤) پلانيول وريپير وبيكيه فقرة ٤٨ — سليمان مرقس فقرة ٣٤٧ ص ٥٥٧ .

من يعولهم المدين ، كزوج المدين وأولاده ولو كانوا بالغين وأقاربه الذين يعولهم وخدمه[١] . أما أولاده البالغون الذين يعولون أنفسهم وزوجته وأقاربه الذين يستحقون نفقة منه[٢] ، فدين النفقة هو الممتاز كما سنرى .

والمأكل والملبس اللذان تم توريدهما فى الستة الأشهر الأخيرة ، يكون ثمنهما هو الممتاز . والستة الأشهر هى السابقة مباشرة على الوفاة أو الإعسار أو الإفلاس[٣] ، أو السابقة مباشرة على الحجز أو البيع ، أما بعد ذلك فلا تكون الأثمان ممتازة[٤] .

٦٨٩ — نفقة الزوجة والأقارب : ويجب أن تكون النفقة مستحقة فى ذمة المدين ، وهى لا تكون مستحقة إلا إذا كانت مقضياً بها أو كانت متفقاً عليها .

ونفقة الأقارب مذكورة فى النص صراحة ، ولكن الامتياز يشمل أيضاً ومن باب أولى نفقة الزوجة . فيؤخذ لفظ « الأقارب » بمعناه العام ، بحيث تدخل الزوجة ضمن الأقارب . وقد جاء فى مذكرة المشروع التمهيدى[٥] : « النفقة المستحقة فى ذمة المدين لأقاربه عن الستة الشهور الأخيرة ، ويدخل فى ذلك نفقة الزوجة . . . . . . » .

ويجب ، حتى تكون النفقة ممتازة ، أن تكون مستحقة عن الستة الشهور الأخيرة ، أى السابقة مباشرة على الوفاة أو الإعسار أو الإفلاس أو الحجز أو البيع .

---

(١) بيدان وفواران فقرة ٤٢٦ .

(٢) بيدان وفواران فقرة ٤٢٦

(٣) بيدان وفواران فقرة ٤٢٧ .

(٤) بلانيول وريبير وبيكيه فقرة ٥٠

(٥) انظر آنفاً فقرة ٦٨٥

٦٩٠ — محل الامتياز : يرد الامتياز ، بجميع أنواعه الثلاثة (الأجراء، والمأكل والملبس ، والنفقة) ، على جميع أموال المدين من عقار منقول ، ولذلك كان الامتياز عاماً .

ويجوز استعمال الامتياز على مجموعة أموال المدين كلها إذا حدث ما يستدعي تصفيتها ، أو على مال معين من أموال المدين منقولا كان أو عقاراً عند بيعه منفرداً .

وللدائن أن يباشر هذا الامتياز حتى على أموال المدين المعنوية، كحقوق التأليف والاختراع[1] .

٦٩١ — مرتبة الامتياز : هي الرابعة ، وتأتي بعد المصروفات القضائية والمبالغ المستحقة للخزانة العامة ومصروفات الحفظ والترميم .

وإذا تزاحمت الديون المضمونة بامتياز عام (المستحق للأجراء مع المستحق للمأكل والملبس مع المستحق للنفقة ، أو المستحق لأجير مع المستحق لأجير أخير ، أو المستحق للمأكل مع المستحق للملبس ، او المستحق لنفقة الزوجة مع المستحق لنفقة أحد الأقارب ، إلخ إلخ) ، تساوت في المرتبة ، ووجب وفاؤها بنسبة كل منها (م ٢/١١٤١) .

٦٩٢ — عدم الشهر وعدم التتبع : وحقوق الامتياز العام ليس فيها شهر ولا تتبع . وقد نصت المادة ٢/١١٣٤ على ما يأتي : «ومع ذلك فإن حقوق الامتياز العامة ، ولو كان محلها عقاراً ، لا يجب فيها الشهر ولا يثبت فيها حق التتبع . . . . . » .

فما ورد من هذه الحقوق على عقار لا يستدعي شهر الحق عن طريق قيد العقار ، بل يستعمل حق الامتياز العام على العقار دون حاجة إلى القيد .

---

(١) استئناف مختلط ١٥ فبراير سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ١٣٠ .

كذلك لا يكون لحقوق الامتياز العام حق تتبع ، بل يقتصر الأمر فيها على حق التقدم .

المبحث الثانى

حقوق الامتياز الخاصة على منقول

المتأخرة عن حقوق الامتياز العامة

٦٩٣ — حقوق امتياز خمسة : وتوجد حقوق امتياز خمسة على منقول، متدرجة فى الترتيب ، وكلها متأخرة عن حقوق الامتياز العامة ، وهذه هى ، نبحثها على التعاقب :

١ — امتياز مصروفات الزراعة والمبالغ المستحقة فى مقابل آلات الزراعة .

٢ — امتياز المؤجر .

٣ — امتياز صاحب الفندق .

٤ — امتياز بائع المنقول .

٥ — امتياز المتقاسم فى المنقول .

§ ١ — امتياز مصروفات الزراعة والمبالغ المستحقة فى مقابل آلات الزراعة

٦٩٤ — نص قانونى : نصت المادة ١١٤٢ مدنى على ما يأتى :

« ١ — المبالغ المنصرفة فى البذر والسماد وغير ذلك من مواد التخصيب والمواد المقاومة للحشرات . والمبالغ المنصرفة فى أعمال الزراعة والحصاد ،

يكون لها امتياز على المحصول الذى صرفت فى إنتاجه ، ويكون لها جميعاً مرتبة واحدة » .

« ٢ – وتستوفى هذه المبالغ من ثمن المحصول مباشرة ، بعد الحقوق المتقدمة الذكر » .

٣ – وكذلك يكون للمبالغ المستحقة فى مقابل آلات الزراعة حق امتياز فى نفس المرتبة على هذه الآلات »(١) .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٥٨٤ من المشروع التمهيدى ، على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . وأقرته لجنة المراجعة ، تحت رقم ١٢٤٦ فى المشروع النهائى . وأقره مجلس النواب تحت رقم ١٢٣١ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١١٤٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٣٠٩ – ص ٣١٢) .

التقنين المدنى السابق م ٦٠١ البندان الرابع والخامس / ٧٢٧ البندان الثانى والرابع : رابعاً – المبالغ المنصرفة فى حصاد محصول السنة والمبالغ المستحقة فى مقابلة البندورات التى نتج منها المحصول ، وتدفع هذه وهذه على حسب الترتيب المبين فى هذا الوجه من الثمن المتحصل من بيع المحصول المذكور بعد أداء الديون المتقدمة . خامساً – المبالغ المستحقة فى مقابلة آلات الزراعة التى لم تزل فى ملكية المدين ، وتدفع من أثمانها بعد المصاريف القضائية والأجر .

التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين السورى م ١١٢١ : ١ – المبالغ المصروفة فى البذر والسماد وغيره من مواد التخصيب والمواد المقاومة للحشرات ، والمبالغ المصروفة فى أعمال الزراعة والحصاد ، يكون لها امتياز على المحصول الذى صرفت فى إنتاجه ، وتكون لها جميعاً رتبة واحدة . ٢ – وتستوفى هذه المبالغ من ثمن المحصول مباشرة ، بعد الحقوق المتقدمة الذكر . ٣ – وكذلك يكون للمبالغ المستحقة فى مقابل آلات الزراعة حق امتياز فى نفس الرتبة على هذه الآلات .

التقنين الليبى م ١١٤٦ : ١ – المبالغ المنصرفة فى البذر والسماد وغيره من مواد التخصيب والمواد المقاومة للحشرات ، والمبالغ المنصرفة فى أعمال الزراعة والحصاد ، يكون لها امتياز على المحصول الذى صرفت فى إنتاجه ، وتكون لها جميعاً مرتبة واحدة . ٢ – وتستوفى هذه المبالغ من ثمن المحصول مباشرة بعد الحقوق المتقدمة الذكر . ٣ – وكذلك تكون للمبالغ المستحقة فى مقابل آلات الزراعة حق امتياز فى نفس المرتبة على هذه الآلات . =

وقد جاء فى مذكرة المشروع التمهيدى ، فى خصوص هذا النص ، ما يأتى :

« الحقوق الممتازة ومحل الامتياز :

١ – المبالغ المنصرفة فى البذر والسماد وغيره من مواد التخصيب ، وقد دخل السماد صراحة ، وهو محل خلاف فى التقنين الحالى (السابق) ، والمواد المقاومة للحشرات ، والمبالغ الأخرى المنصرفة فى أعمال الزراعة والحصاد ، ومحل الامتياز هو المحصول الذى أنتجته أو حفظته هذه الأشياء .

٢ – المبالغ المستحقة فى مقابل آلات الزراعة من ثمن ومصروفات إصلاح وتحسين ، ومحل الامتياز هو هذه الآلات .

مرتبة الامتياز : يأتى كل امتياز من هذين فى المرتبة الخامسة بعد الامتيازات السابقة الذكر ، أما فيما بينها فتستوفى بنسبة كل منها »[1].

٦٩٥ – الحق الممتاز : الحق الممتاز هنا حقان لا حق واحد :

١ – المبالغ المنصرفة فى اعمال الزراعة والحصاد .

٢ – المبالغ المستحقة فى مقابل آلات الزراعة .

٦٩٦ – المبالغ المنصرفة فى أعمال الزراعة والحصاد : وهى المبالغ المنصرفة فى البذر والسماد ومواد التخصيب الأخرى والمواد المقاومة للحشرات

= التقنين العراقى م ١٣٧٣ : ١ – المبالغ المصروفة للبذور والسماد وغيره من مواد التخصيب المقاومة للحشرات ، والمبالغ المصروفة فى أعمال الزراعة والحصاد ، يكون لها حق امتياز على المحصول الذى صرفت فى إنتاجه . ٢ – وتستوفى من ثمن المحصول مباشرة بعد المصروفات القضائية والمبالغ المستحقة للخزينة ومصروفات الحفظ والإصلاح والمبالغ الموقعة بامتياز عام . أما فيما بينها ، فتستوفى بنسبة كل منها . ٣ – وكذلك يكون للمبالغ المستحقة فى مقابل آلات الزراعة حق امتياز فى نفس المرتبة على هذه الآلات .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٣١١ .

وجميع المبالغ المنصرفة فى أعمال الزراعة والحصاد[١] .

والمبالغ المنصرفة فى أعمال الزراعة والحصاد يدخل فيها مصروفات الرى[٢] ، وتطهير الترع ، وإصلاح آلات الرى[٣] ، وأجرة المواشى والحيوانات[٤] ، وأجرة الآلات التى استعملت ، والمبالغ المستحقة لدرس الغلال ، والمبالغ المستحقة للشغالة والعمال والفعلة الذين اشتركوا فى حرث الأرض وبذرها وفى حصاد المحصول ودرسه وإدخاله[٥] ، والثمن المستحق لبائع المبذورات[٦] ، ومصروفات البذور[٧] ، والمبالغ المنصرفة فى السماد[٨] وغيره من مواد التخصيب والمواد المقاومة للحشرات .

ويوجد الامتياز ، سواء كان الذى يستغل الأرض لحسابه هو مالك الأرض نفسه ، أو كان مستأجراً أو صاحب حق ، انتفاع أو مغتصباً[٩] .

ويلحق بالديون التى يضمنها الامتياز المبالغ التى يقرضها بنك التسليف

---

(١) استئناف مختلط ٢٩ نوفبر سنة ١٩٢٧ م ٤٠ ص ٥١ – ٧ فبراير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٧٠ – ٢٠ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣٤٣ .

(٢) استئناف مختلط ٢٠ فبراير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٤ – استئناف أسيوط ١٢ ديسمبر سنة ١٩٢٨ المجموعة الرسمية ٣٠ رقم ٨ ص ٢٢ .

(٣) استئناف مختلط ٢٧ فبراير سنة ١٩٣٥ جازيت ٢٦ رقم ٨٧ ص ٧٦ .

(٤) بودرى ودى لوان فقرة ٤٦٦ – پلانيول وريپير وبيكيه فقرة ١٨٣ .

(٥) بودرى ودى لوان فقرة ٤٤٦ وفقرة ٤٦٩ – پلانيول وريپير وبيكيه فقرة ١٨٣ – وأجرة العمال والشغالة ممتازة أيضاً امتيازاً عاماً على جميع أموال المدين .

(٦) والمبذورات تشمل أنواع الزروع والتقاوى .

(٧) دى هلتس فقرة ١٥١ .

(٨) اختلف فى التقنين المدنى السابق فى السماد ، وكان الرأى الغالب أن النص لا يشملها – وقد حسم التقنين المدنى هذه المسألة ، فأورد السماد صراحة فى النص .

(٩) كولان وكابيتان ٢ فقرة ١١٠٨ – بودرى ودى لوان فقرة ٤٦٥ – پلانيول وريپير وبيكيه فقرة ١٨٣ .

الزراعى المصرى لنفقات الزراعة والحصاد ، والمبالغ المستحقة له ثمناً لشراء سماد (م ٦ من المرسوم بقانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٣١) .

ويثبت امتياز مصروفات للدائن الذى أقرض المزارع النفقات اللازمة لإنتاج المحصول ، بشرط أن يثبت أن النقود قد استخدمت فعلا فى إنتاج المحصول[1] .

٦٩٧ — المبالغ المستحقة فى مقابل آلات الزراعة : يضمن الامتياز ثمن آلات الزراعة ، ويضمن كذلك مصروفات إصلاحها ، ومصروفات تحسينها ، فالنص عام ويقول « المبالغ المستحقة فى مقابل آلات الزراعة » .

وتشمل آلات الزراعة كل الآلات التى تستعمل فى حرث الأرض وتحضيرها للزارعة وريها وجنى المحصول ودرس الغلال وحفظ الثمار ونقلها فى داخل المزرعة .

وبالنسبة إلى ثمن الآ لات الزراعية ، فهى تتمتع أيضاً بامتياز بائع المنقول ، ولكن هذا الامتياز الأخير يتأخر فى المرتبة كما سيأتى ، فيكون الأفضل التمسك بامتياز الآلات الزراعية لا التمسك بامتياز بائع المنقول[2].

ولكن بالنسبة إلى نفقات إصلاح الآلات الزراعية ، فإنها مضمونة بامتياز نفقات الحفظ والترميم ، ويأتى فى المرتبة الثالثة أى قبل امتياز آلات الزراعة .

أما مصروفات الآلات الزراعية ، فلا يضمنها إلا هذا الامتياز الذى نحن بصدده .

٦٩٨ — محل الامتياز : وهنا أيضاً يكون محل الامتياز :

---

(١) استئناف مختلط ١٨ فبراير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٣٠ – ٢١ مايو سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٣١٩ – محمد كامل مرسى فقرة ٤٣٥ – سليمان مرقس فقرة ٢٥٣ ص ٥٦٧ .

(٢) بيدان وفواران فقرة ٥٢٦ .

١ – إما بالنسبة إلى المبالغ المنصرفة فى أعمال الزراعة والحصاد .
٢ – أو بالنسبة إلى المبالغ المستحقة فى مقابل آلات الزراعة .

٦٩٩ – محل الامتياز بالنسبة إلى المبالغ المنصرفة فى أعمال الزراعة والحصاد : محل الامتياز هنا هو المحصول الذى ساهمت هذه الأعمال فى إنتاجه .

ولا يقع الامتياز على ثمن الأرض إذا نزعت ملكيتها[1] ، ولا على ثمن آلات الزراعة . بل ولا على المحصول الذى يصبح عقاراً بتسجيل التنبيه[2].

ولا يقع الامتياز على المحصول إلا بعد جنيه ، لأن المحصول قبل الجنى يعتبر عقاراً[3] .

وإذا كانت المبذورات تنتج محصولات متكررة فى سنين متعاقبة . كما فى زراعة القصب ، فالامتياز يقع على كل المحصولات[4] .

ولا يشترط فى ورود الامتياز على المحصول بقاء المحصول فى ملك المدين أو فى حوزته[5] .

٧٠٠ – محل الامتياز بالنسبة إلى المبالغ المستحقة فى مقابل آلات الزراعة : محل الامتياز هنا هو آلات الزراعة نفسها ، وليس المحصول .

وإذا خصصت آلات الزراعة لخدمة الأرض فصارت عقاراً بالتخصيص فإن ذلك لا يزيل عنها الامتياز الواقع عليها . ولكن إذا ارتهنت الأرض ومعها

---

(١) استئناف مختلط ١٧ مايو سنة ١٩١١ م ٢٢ ص ٣٢٣ .
(٢) استئناف مختلط ٢٩ نوفبر سنة ١٩٢٧ م ٤٠ ص ٥١ – محمد كامل مرسى فقرة ٤٣٥ .
(٣) استئناف مختلط ٢٩ نوفبر سنة ١٩٢٧ م ٤٠ ص ٥١ – محمد كامل مرسى فقرة ٤٣٥ – سليمان مرقس فقرة ٣٥٣ ص ٥٦٨ .
(٤) محمد كامل مرسى فقرة ٤٣٥ .
(٥) سليمان مرقس فقرة ٣٥٣ ص ٥٦٩ .

آلات الزراعة ، فإن الدائن المرتهن إذا كان حسن النية يتقدم حق رهنه على امتياز المبالغ المستحقة فى مقابل آلات الزراعة[1] .

٧٠١ — مرتبة الامتياز : والامتياز هنا ، سواء بالنسبة إلى أعمال الزراعة والحصاد أو بالنسبة إلى آلات الزراعة ، يأتى فى المرتبة الخامسة ، بعد المصروفات القضائية والمبالغ المستحقة للخزانة العامة ومصروفات الحفظ والترميم وحقوق الامتياز العامة .

وإذا تزاحمت مصروفات الزراعة فيما بينها ، بالنسبة إلى المحصول ، فإنها تستوفى بنسبة كل منها .

كذلك إذا تزاحمت مصروفات آلات الزراعة ، كالثمن ومصروفات الإصلاح ومصروفات التحسين ، فيما بينها ، بالنسبة إلى آلات الزراعة ، فإنها أيضاً تستوفى بنسبة كل منها .

« ولا يمكن أن تتزاحم مصروفات الزراعة مع مصروفات الآلات الزراعية لأن محل الأولى هو المحصول ، ومحل الثانية هو الآلات الزراعية ، كما سبق القول .

§ ٢ — امتياز المؤجر

٧٠٢ — نص قانونى : نصت المادة ١١٤٣ مدنى على ما يأتى :

« ١ — أجرة المبانى والأراضى الزراعية لسنتين أو لمدة الإيجار إن قلت عن ذلك ، وكل حق آخر للمؤجر بمقتضى عقد الإيجار ، يكون لها جميعاً امتياز على ما يكون موجوداً بالعين المؤجرة ومملوكاً للمستأجر من منقول قابل للحجز ومن محصول زراعى » .

« ٢ — ويثبت الامتياز ولو كانت المنقولات مملوكة لزوجة المستأجر

---

(١) سليمان مرقس فقرة ٣٥٤ ص ٥٧١ .

أو كانت مملوكة للغير ، ولم يثبت أن المؤجر كان يعلم وقت وضعها فى العين المؤجرة بوجود حق للغير عليها . وذلك دون إخلال بالأحكام المتعلقة بالمنقولات المسروقة أو الضائعة » .

« ٣ - ويقع الامتياز أيضاً على المنقولات والمحصولات المملوكة للمستأجر من الباطن ، إذا كان المؤجر قد اشترط صراحة عدم الإيجار من الباطن . فإذا لم يشترط ذلك ، فلا يثبت الامتياز إلا للمبالغ التى تكون مستحقة للمستأجر الأصلى فى ذمة المستأجر من الباطن فى الوقت الذى ينذره فيه المؤجر » .

« ٤ - وتستوفى هذه المبالغ الممتازة من ثمن الأموال المثقلة بالامتياز بعد الحقوق المتقدمة الذكر ، إلا ما كان من هذه الحقوق غير نافذ فى حق المؤجر باعتباره حائزاً حسن النية » .

« ٥ - وإذا نقلت الأموال المثقلة بالامتياز من العين المؤجرة على الرغم من معارضة المؤجر أو على غير علم منه ، ولم يبق فى العين أموال كافية لضمان الحقوق الممتازة ، بقى الامتياز قائماً على الأموال التى نقلت دون أن يضر ذلك بالحق الذى كسبه الغير حسن النية على هذه الأموال ، ويبقى الامتياز قائماً ولو أضر بحق الغير مدة ثلاث سنوات من يوم نقلها إذا أوقع المؤجر عليها حجزاً استحقاقياً فى المعياد القانونى . ومع ذلك إذا بيعت هذه الأموال إلى مشتر حسن النية فى سوق عام أو فى مزاد علنى أو ممن يتجر فى مثلها ، وجب على المؤجر أن يرد الثمن إلى هذا المشترى »[1] .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٥٨٥ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . وأقرته لجنة المراجعة . تحت رقم ١٢٤٧ فى المشروع النهائى . وأقره مجلس النواب تحت رقم ١٢٣٢ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١١٤٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٣١٢ - ص ٣١٦) .

التقنين المدنى السابق م ٦٠١ البند السادس / ٧٢٧ البند الخامس : أجرة العقار وأجرة الأطيان وكل ما هو مستحق للمؤجر من هذا القبيل، وتدفع بعد ما ذكر من ثمن جميع المفروشات =

= ونحوها الموجودة بالبيوت المستأجرة ومن ثمن محصولات السنة التي لم تزل مملوكة للمستأجر ولو كانت موضوعة بخارج الأراضي المستأجرة .

التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين السوري م ١١٢٢ : ١ - أجرة المباني والأراضي الزراعية لسنتين أو لمدة الإيجار إن قلت عن ذلك ، وكل حق آخر للمؤجر بمقتضى عقد الإيجار ، يكون لها جميعاً امتياز على ما يكون موجوداً بالعين المؤجرة ومملوكاً للمستأجر من منقول قابل للحجز ومن محصول زراعي . ٢ - ويثبت الامتياز ولو كانت المنقولات مملوكة لزوجة المستأجر أو كانت مملوكة الغير ولم يثبت أن المؤجر كان يعلم وقت وضعها في العين المؤجرة بوجود حق الغير عليها ، وذلك دون إخلال بالأحكام المتعلقة بالمنقولات المسروقة أو الضائعة . ٣ - ويقع الامتياز أيضاً على المنقولات والمحصولات المملوكة للمستأجر الثانوي إذا كان المؤجر قد اشترط صراحة عدم الإيجار الثانوي . فإذا لم يشترط ذلك ، فلا يثبت الامتياز إلا للمبالغ التي تكون مستحقة للمستأجر الأصلي في ذمة المستأجر الثانوي في الوقت الذي ينذره فيه المؤجر . ٤ - وتستوفى هذه المبالغ الممتازة من ثمن الأموال المثقلة بالامتياز بعد الحقوق المتقدمة الذكر ، إلا ما كان من هذه الحقوق غير نافذ في حق المؤجر باعتباره حائزاً حسن النية . ٥ - وإذا نقلت الأموال المثقلة بالامتياز من العين المؤجرة على الرغم من معارضة المؤجر أو على غير علم منه ولم يبق في العين أموال كافية لضمان الحقوق الممتازة ، بقي الامتياز قائماً على الأموال التي نقلت دون أن يضر ذلك بالحق الذي كسبه الغير حسن النية على هذه الأموال . ويبقى الامتياز قائماً ولو أضر بحق الغير لمدة ثلاث سنوات من يوم نقلها ، إذا أوقع المؤجر عليها حجزاً استحقاقياً في الميعاد القانوني . ومع ذلك إذا بيعت هذه الأموال إلى مشتر حسن النية في سوق عام أو في مزاد علني أو ممن يتجر في مثلها ، وجب على المؤجر أن يرد الثمن إلى هذا المشتري .

التقنين الليبي م ١١٤٧ : ١ - أجرة المباني والأراضي الزراعية لسنتين أو لمدة الإيجار إن قلت عن ذلك ، وكل حق آخر للمؤجر بمقتضى عقد الإيجار ، يكون لها جميعاً امتياز على ما يكون موجوداً بالعين المؤجرة ومملوكاً للمستأجر من منقول قابل للحجز ومن محصول زراعي . ٢ - ويثبت الامتياز ولو كانت المنقولات مملوكة لزوجة المستأجر أو كانت مملوكة للغير ولم يثبت أن المؤجر كان يعلم وقت وضعها في العين المؤجرة بوجود حق الغير عليها ، وذلك دون إخلال بالأحكام المتعلقة بالمنقولات المسروقة أو الضائعة . ٣ - ويقع الامتياز أيضاً على المنقولات والمحصولات المملوكة للمستأجر من الباطن إذا كان المؤجر قد اشترط صراحة عدم الإيجار من الباطن . فإذا لم يشترط ذلك فلا يثبت الامتياز إلا للمبالغ التي تكون مستحقة للمستأجر الأصلي في ذمة المستأجر من الباطن في الوقت الذي ينذره فيه المؤجر . ٤ - وتستوفى هذه المبالغ الممتازة من ثمن الأموال المثقلة بالامتياز بعد الحقوق المتقدمة الذكر ، إلا ما كان من هذه الحقوق غير نافذ في حق المؤجر باعتباره حائزاً حسن النية . ٥ - وإذا نقلت الأموال المثقلة بالامتياز =

وقد جاء فى مذكرة المشروع التمهيدى ، فى خصوص هذا النص ، ما يأتى :

« الحق الممتاز : كل ما هو مستحق للمؤجر بمقتضى عقد الإيجار من أجرة لا تزيد على سنتين وتعويض ، وغير ذلك .

محل الامتياز : المنقولات الموجودة بالعين المؤجرة ، إذا اعتقد المؤجر بحسن نية أنها مملوكة للمستأجر . وتدخل أيضاً منقولات الزوجة ، ومنقولات المستأجر من الباطن ، هذا إذا اشترط المؤجر عدم الإيجار من الباطن ، فان لم يشترط فلا يثبت الامتياز إلا للمبالغ التى تكون مستحقة للمستأجر الأصلى فى ذمة المستأجر من الباطن فى الوقت الذى ينذره فيه المؤجر . وهذا أيضاً عدا

= من العين المؤجرة على الرغم من معارضة المؤجر أو على غير علم منه ولم يبق فى العين أموال كافية لضمان الحقوق الممتازة ، بقى الامتياز قائماً على الأموال التى نقلت دون أن يضر ذلك بالحق الذى كسبه الغير حسن النية على هذه الأموال ، ويبقى الامتياز قائماً ولو أضر بحق الغير لمدة ثلاث سنوات من يوم نقلها إذا أوقع المؤجر عليها حجزاً استحقاقياً فى الميعاد القانونى – ومع ذلك إذا بيعت هذه الأموال إلى مشتر حسن النية فى سوق عام أو فى مزاد علنى أو ممن يتجر فى مثلها ، وجب على المؤجر أن يرد الثمن إلى هذا المشترى .

التقنين العراقى م ١٣٧٤ : ١ – أجرة المبانى والأراضى الزراعية ، لثلاث سنوات ، أو لمدة الإيجار إن قلت عن ذلك ، وكل حق آخر للمؤجر بمقتضى عقد الإيجار ، لها جميعاً حق امتياز على ما يكون موجوداً فى العين المؤجرة مملوكاً للمستأجر من منقول قابل للحجز ومن محصول زراعى . ٢ – ويقع حق الامتياز على المنقولات والمحصولات المملوكة للمستأجر من المستأجر الأصلى إذا كان المؤجر قد اشترط صراحة على المستأجر عدم الإيجار – فإذا لم يشترط ذلك ، فلا يثبت حق الامتياز إلا على المبالغ التى تكون مستحقة للمستأجر الأصلى فى ذمة المستأجر منه فى الوقت الذى ينذره فيه المؤجر بعدم دفع هذه المبالغ للمستأجر الأصلى . ٣ – وإذا نقلت الأموال المثقلة بحق الامتياز من العين المؤجرة على الرغم من معارضة المؤجر أو على غير علم منه ، ولم يبق فى العين أموال كافية لضمان المبالغ الممتازة ، بقى حق الامتياز قائماً على الأموال التى نقلت دون أن يضر ذلك بالحق الذى يكسبه الغير حسن النية على هذه الأموال . ٤ – وتستوفى هذه المبالغ الممتازة من ثمن الأموال المثقلة بحق الامتياز ، بعد الديون الواردة فى المواد السابقة ، إلا ما كان من هذه الديون غير نافذ فى حق المؤجر باعتباره حائزاً حسن النية .

المنقولات المسروقة أو الضائعة ، فلأصحابها استردادها فى ثلاث سنوات . وإذا نقلت هذه المنقولات من العين المؤجرة بغير رضاء المؤجر ولم يبق بالعين ما يفى بالمستحق ، بقى الامتياز قائماً عليها إلى ثلاث سنوات من نقلها . فإذا كسب الغير عليها حقاً فانه لا ينفذ فى حق المؤجر إذا كان هذا قد أوقع حجزاً استحقاقياً فى مدة ثلاثين يوماً من نقلها . لكن إذا بيعت فى سوق عمومى أو فى مزاد علنى أو ممن يتجر فى مثلها ، وجب على المؤجر أن يرد الثمن . والأصل أن نقل هذه المنقولات بدون رضاء المؤجر يعتبر سرقة للمرهون ، ولذلك تطبق قواعد الحيازة فى المنقولات المسروقة .

مرتبة الامتياز : هى السادسة بعد حقوق الامتياز السابقة الذكر ، إلا ما كان منها لا ينفذ فى حق المؤجر لحسن نيته ، كما إذا اشترى آلة زراعة ولم يدفع ثمنها وأدخلها فى الأرض المؤجرة دون أن يعلم المؤجر أن ثمنها لم يدفع »[1] .

وسنشرح امتياز المؤجر ، وقد سبق أن بحثنا هذا الموضوع فى عقد الإيجار (الجزء السادس من الوسيط المجلد الأول) . لذلك سنجعل شرحنا هنا متمشياً مع ما سبق أن قدمناه فى امتياز المؤجر ، لكننا سنتتبع هنا نفس الترتيب الذى سرنا عليه فى سائر حقوق الامتياز ، فنتكلم فى الحق الممتاز ، ثم فى محل الامتياز ، ثم فى مرتبة الامتياز .

١ – الحق الممتاز

٧٠٣ – حق المؤجر الناشىء من عقد إيجار صحيح : الحق الممتاز هو كل حق للمؤجر ، ينشأ من عقد إيجار صحيح .

فيجب أولا أن يوجد عقد إيجار صحيح . فإذا كان عقد الإيجار باطلا ،

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٣١٥ – ص ٣١٦ .

أو قابلا للإبطال وأبطل ، أو صورياً ، فإنه لا يكون إيجاراً صحيحاً ، ولا يترتب عليه أى أثر .

كذلك إذا لم يوجد عقد إيجار أصلا ، كما إذا كان شاغل العقار مغتصباً إياه ، فانه لا يوجد حق ممتاز لأنه لا يوجد عقد إيجار .

ولا يشترط ، فى احتجاج المؤجر بامتيازه على دائنى المستأجر ، أن يكون الإيجار ثابت التاريخ[١] .

٧٠٤ — يجب أن يكون محل الايجار عقارا : فمؤجر الآلات وغيرها من المنقولات لا يكون له امتياز[٢] . وإذا وضع مالك المبنى فى مبناه آلات وأجر المبنى مع الآلات ، فإنه لا يكون له امتياز إلا لضمان الجزء من الأجرة الخاص بالمبنى دون الآلات[٣] . وكذلك مؤجر الدور المفروشة لا يكون له امتياز إلا لضمان الجزء من الأجرة الذى يقابل إيجار الدور خالية غير مفروشة ، وما يقابل أجرة الفرش يكون ديناً عادياً[٤] .

أما إيجار المبانى والأراضى الزراعية فيعتبر إيجاراً لعقار ، والمبانى والأراضى الزراعية مذكورة صراحة فى النص (م ١١٤٣) .

بقيت الأرض الفضاء ، كإيجار أرض فضاء لإقامة معرض أو مخيم أو ملعب ، وقد ترجمت كلمة (loyers) بأجرة المبانى ، والصحيح أنها أجرة كل عقار غير الأراضى الزراعية ، بما فى ذلك أجرة الأرض الفضاء . فيحسن الرجوع إلى الأصل ، واعتبار الأرض الفضاء كالمبانى ، وللمؤجر

---

(١) استئناف مختلط ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ١٠٥ .

(٢) بودرى ودى لوان فقرة ٣٥٧ — دى هلتس فقرة ١٢٧ — جرانمولان فقرة ٦٥٥ .

(٣) بلانيول وريبير وبيكيه فقرة ١٤٥ .

(٤) عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٥٩٤ — سليمان مرقس فقرة ٣٥٧ ص ٥٧٤ — ص ٥٧٥ .

الأرض الفضاء امتياز مؤجر المبانى ، وهذا هو الرأى الراجح[١].

٧٠٥ — الأجرة لا تزيد على أجرة سنتين : وفيما يتعلق بالأجرة ، الممتاز هو أجرة سنتين لا أكثر . فاذا كانت مدة عقد الإيجار أكثر من سنتين كان الممتاز هو أجرة السنتين . وإذا كانت مدة الإيجار أقل من سنتين ، كان الممتاز هو كل الأجرة ، كأن تكون المدة سنة واحدة فيكون الممتاز هو أجرة السنة .

وإذا كانت مدة الإيجار خمس سنوات مثلا ، كان الحق الممتاز هو أجرة سنتين كما قدمنا . ولكن القانون لم يذكر أية سنتين ، هل هما السنتان السابقتان مباشرة على توزيع ثمن المنقولات التى يرد عليها الامتياز ؟

والرأى الراجح أنهما هما السنتان الأخيرتان من الأجرة الباقية فى ذمة المستأجر ، سواء كانتا هما السنتان السابقتان مباشرة على التوزيع ، أو كانتا غيرهما[٢] .

٧٠٦ — الحقوق الممتازة الناشئة عن عقد الإيجار : ولا يقتصر الأمر على الأجرة كحق ممتاز ، بل كل حق آخر للمؤجر نشأ عن عقد الإيجار يكون حقاً ممتازاً .

فيكون حقاً ممتازاً ، عدا الأجرة ، التعويضات المستحقة عن تلف العين المؤجرة[٣] ، أو المستحقة لاستعمال العين المؤجرة فى غير ما أعدت له ، أو المستحقة عن فسخ العقد[٤] ، أو المستحقة عن عدم الوفاء بأى التزام آخر كالتزام المستأجر بتعمير حديقة المنزل أو تغيير أرضية المنزل[٥] ، أو

---

(١) انظر محمد كامل مرسى فقرة ٤٤٤ — سليمان مرقس فقرة ٥٧٩ — ص ٥٧٥ .

(٢) انظر سليمان مرقس فقرة ٣٥٨ ص ٥٧٩ — ص ٥٨٠ .

(٣) استئناف مصر ١٤ فبراير سنة ١٩٢٦ المحاماة ٧ رقم ١٢ ص ٢٤ .

(٤) بلانيول وريبير وبيكيه فقرة ١٤٦ .

(٥) بودرى فقرة ٣٩٤ .

المستحقة بموجب شرط جزائى . كذلك يكون ممتازاً كل حق آخر أثبته عقد الإيجار للمؤجر ، كمصروفات المطالبة بالأجرة ، وكالتعويض عند الإيجار من الباطن ، وكالتعويض إذا أتلف المستأجر حاجات أودعها المؤجر العين المؤجرة .

أما الديون التى لم تنشأ عن عقد الإيجار ، كالتعويض الذى يستحقه المؤجر فى مقابل انتفاع المستأجر بالعين المؤجرة مدة أطول من مدة العقد ، أو فى مقابل انتفاعه بالعين المؤجرة عند فسخ عقد الإيجار ، أو القروض التى يعطيها المؤجر للمستأجر ، فهذه لا تكون حقوقاً ممتازة[1] .

ب – محل الامتياز

٧٠٧ – *المنقولات التى تجهز بها العين المؤجرة* : مثل هذه المنقولات أثاث المنزل ، والكتب والملابس والأوانى ، والعربات والسيارات ، وأدوات الحرفة ، والصور والتماثيل ، والمحصولات الزراعية سواء كانت محصولات السنة أو غيرها وسواء كانت ناتجة من العين المؤجرة أو من غيرها . وذلك كله ما دامت هذه المنقولات موجودة فى العين المؤجرة ، وقابلة للحجز عليها .

ولكن امتياز المؤجر لا يشمل المنقولات المعنوية ، ولا يشمل كذلك المنقولات المادية التى لا تعتبر العين المؤجرة مجهزة بها كالعقود والمصوغات والجوهرات[2] .

ويرد الامتياز على المنقولات التى توجد فى العين المؤجرة ، سواء

---

(١) انظر فى الحق المدتاز الوسيط ٦ فقرة ٣٥٧ .

(٢) عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٦٠٠ – محمد على إمام فقرة ٤٥٣ – شمس الدين الوكيل فقرة ٥٣٨ – سليمان مرقس فقرة ٢٦٠ ص ٥٨٣ .

وضعت عند بدء الإيجار أو وضعت بعد ذلك[١] . ولكن يشترط ألا يكون وجودها عرضياً ، لأن الوجود العرضى ليس تجهيزاً[٢] .

وقد نصت المادة ٥٨٨ مدنى على أنه « يجب على كل من استأجر منزلا أو مخزناً أو مكاناً مماثلا لذلك أو أرضاً زراعية أن يضع فى العين المؤجرة أثاثاً أو بضائع أو محصولات أو مواشى أو أدوات تكون قيمتها كافية لضمان الأجرة عن سنتين ، أو عن كل مدة الإيجار إذا قلت عن سنتين ، هذا ما لم تكن الأجرة قد عجلت . ويعفى المستأجر من هذا الالتزام إذا تم الاتفاق على هذا الإعفاء ، أو إذا قدم المستأجر تأميناً آخر » . ويسوغ للمؤجر طلب تنفيذ هذا الالتزام عيناً ، أو فسخ الإيجار مع التعويض .

ويشترط فى ثبوت امتياز المؤجر على هذه المنقولات :

١ – بقاء المنقولات فى العين المؤجرة : لأن امتياز المؤجر قام على فكرة الرهن الضمنى ، فاذا نقل المستأجر المنقولات برضاء المؤجر أو بعلمه ودون اعتراض منه ، اعتبر المؤجر متنازلا عن حق امتيازه عليها . ويبقى الامتياز قائماً إذا باع المستأجر أمتعته دون أن ينقلها من العين المؤجرة ، ولو علم المؤجر بالبيع ما دام لم يرض عنه[٣] .

٢ – ملكية المنقولات للمستأجر : ويجب أن تكون المنقولات مملوكة للمستأجر . فإذا كان منها منقول مملوك لغير المستأجر ، فإن ذلك لا يمنع المؤجر من استعمال حق امتيازه على هذا المنقول[٤] ، لأنه يتمسك بقاعدة

---

(١) بيدان وفواران فقرة ٤٦٧ – عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٦٠٠ – محمد على إمام فقرة ٤٥٣ .

(٢) بيدان وفواران فقرة ٤٦٧ – پلانيول وريبير وبيكيه فقرة ١٥٦ – محمد كامل مرسى فقرة ٤٤٦ – عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٦٠٠ – محمد على إمام فقرة ٣٥٣ .

(٣) بيدان وفواران فقرة ٤٧١ .

(٤) استئناف مختلط ١٠ فبراير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢٠٨ – ٧ فبراير سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ٧٥ .

الحيازة فى المنقول إذا كان حسن النية . فإذا كان المنقول ضائعاً أو مسروقاً ، جاز لمالكه أن يسترده فى خلال ثلاث سنوات تالية لوقت الضياع أو السرقة .

٧٠٨ — المنقولات المملوكة لزوجة المستأجر : وتنص الفقرة الثانية من المادة ١١٤٣ مدنى ، كما رأينا ، على ما يأتى : « ويثبت الامتياز ولو كانت المنقولات مملوكة لزوجة المستأجر أو كانت مملوكة للغير ، ولم يثبت أن المؤجر كان يعلم وقت وضعها فى العين المؤجرة بوجود حق للغير عليها ، وذلك دون إخلال بالأحكام المتعلقة بالمنقولات المسروقة أو الضائعة » .

وظاهر أن المنقولات المملوكة لغير المستأجر ، غير المنقولات المملوكة لزوجة المستأجر والمنقولات المملوكة للمستأجر من الباطن وسيأتى بيان حكمها تباعاً ، يفرض أن المؤجر حسن النية بالنسبة إليها ، وأنه كان يعتقد وقت وضعها فى العين المؤجرة أنها مملوكة للمستأجر . لذلك يستعمل المؤجر حق امتيازه عليها ، ما عدا المنقولات المسروقة أو الضائعة التى يستردها مالكها فى خلال ثلاث سنين كما قدمنا ، وذلك ما لم يثبت مالك هذه المنقولات أن المؤجر كان يعلم بملكه لها وقت وضعها فى العين المؤجرة . وقد كتبنا فى هذا الصدد ما يأتى : « وإن كانت المنقولات مملوكة للغير ، فهنا يجب التمييز بين فرضين : إما أن يعتقد المؤجر بحسن نية وقت وضع المنقولات فى العين المؤجرة أنها مملوكة للمستأجر ، وفى هذه الحالة يثبت له عليها حق الامتياز ، بشرط ألا تكون مسروقة أو ضائعة وإلا ثبت للمالك الحقيقى الحق فى استردادها فى مدى ثلاث سنوات من وقت السرقة أو الضياع . وحسن النية مفترض حتى يقوم الدليل على العكس ، ويكفى أن يتوافر حسن النية وقت دخول المنقولات فى العين المؤجرة . وإما أن يثبت الغير أن المؤجر كان يعلم وقت وضع المنقولات فى العين المؤجرة أنها غير مملوكة للمستأجر وفى هذه الحالة لا يكون للمؤجر حق امتياز عليها . . . . . »[1].

---

(١) الوسيط ٦ ص ٥٠٤ — ٥٠٦ .

أما عن المنقولات المملوكة لزوجة المستأجر ، فقد سبق أن كتبنا ما يأتى : « فإن كانت المنقولات مملوكة لزوجة المستأجر ، فهناك قرينة على أن الزوجة عند ما رضيت بوضع منقولات مملوكة لها فى عين استأجرها زوجها قد قبلت ضمناً أن تكون هذه المنقولات ضامنة للأجرة ، فيكون للمؤجر حق امتياز عليها . أما إذا لم ترد الزوجة ذلك ، فعليها أن تنفى هذه القرينة بإعلانها للمؤجر أن المنقولات الموجودة بالعين المؤجرة ملكها وأنها لا تريد بوضعها فى العين أن تكون ضامنة للأجرة ، حتى لا يعول المؤجر عليها وحتى يطالب المستأجر (الزوج) بوضع منقولات أخرى ضماناً للأجرة . وهذا كله على فرض الأخذ بقرينة أن الجهاز ملك المرأة المسلمة ، فإذا استطاعت أن تسترد أثاث المنزل بفضل هذه القرينة تجد نفسها أمام قرينة أخرى هى رضاؤها الضمنى بأن يكون الأثاث ضامناً للأجرة ، فتبقى المنقولات مثقلة بحق امتياز المؤجر . أما عند غير المسلمين فليست هناك قرينة على أن الجهاز ملك الزوجة ، ولذلك يستعمل المؤجر حق امتيازه على المنقولات باعتبارها ملكاً للمستأجر نفسه »[1].

ويؤخذ من ذلك أنه عند غير المسلمين ، يفرض أن الجهاز ملك للزوج لا للزوجة ، وعلى ذلك يستطيع المؤجر أن يستعمل حق امتيازه على المفروشات حتى تثبت الزوجة أن الجهاز ملكها وأنها لم ترض بأن يكون ضامناً للأجرة وأن المؤجر كان يعلم كل ذلك وقت وضع الجهاز فى العين المؤجرة ، وعندئذ لا يكون للمؤجر حق امتياز على الجهاز . وقد قضى بأن المتعارف عادة لدى الطوائف المسيحية هو أن تكون منقولات المنزل ملكاً للزوج لا لزوجته ، وعلى من يدعى شيئاً خلاف ذلك أن يثبته[2].

أما عند المسلمين ، فالمرأة المسلمة لها أن تتمسك بقرينة أن الجهاز ملكها ،

---

(١) الوسيط ٦ ص ٥٠٤ .

(٢) مصر الوطنية استئناف ٣ مايو سنة ١٩٠٥ الاستقلال ٤ ص ٤٧٣ .

وللمؤجر أن يتمسك بأن الزوجة قد رضيت رضاء ضمنياً بأن يكون جهازها ضامناً للأجرة عندما رضيت دون تحفظ بوضعه فى العين المؤجرة . والقاضى يقضى للمؤجر بصحة امتيازه أخذاً بالقرينة التى تجعل الزوجة راضية بأن يكون جهازها ضامناً للأجرة ، ما لم تثبت الزوجة أنها لم ترض فعلا بذلك وأنها كانت تعتقد أن ذلك كاف وتجهل كل الجهل القرينة التى تجعلها راضية بأن يكون جهازها ضامناً للأجرة .

٧٠٩ — المنقولات المملوكة للمستأجر من الباطن : وتنص الفقرة الثالثة من المادة ١١٤٣ مدنى ، كما رأينا ، على ما يأتى : « ويقع الامتياز أيضاً على المنقولات والمحصولات المملوكة للمستأجر من الباطن ، إذا كان المؤجر قد اشترط صراحة عدم الإيجار من الباطن . فإذا لم يشترط ذلك ، فلا يثبت الامتياز إلا للمبالغ التى تكون مستحقة للمستأجر الأصلى فى ذمة المستأجر من الباطن فى الوقت الذى ينذره فيه المؤجر » .

ويؤخذ من هذا النص أنه يجب التمييز بين فرضين :

(الفرض الأول) المؤجر اشترط صراحة عدم الإيجار من الباطن :

وبالرغم من هذا الشرط ، حصل الإيجار من الباطن ، ولم يقره المؤجر ، فلا يجوز الاحتجاج على المؤجر بهذا الإيجار من الباطن الممنوع ، ويقع امتياز المؤجر على منقولات المستأجر من الباطن لوقوعه على منقولات المستأجر الأصلى تماما لو لم يكن هناك إيجار من الباطن (١) . ولكن إذا ثبت أن المؤجر كان يعرف وقت دخول المنقولات العين المؤجرة أنها ليست مملوكة للمستأجر الأصلى ، [illegible] كان له من الحقوق عليها نفس الحقوق التى تكون على المنقولات من [illegible]

(١) استئناف مختلط ٦ يونيه سنة ١٨٨٩ م ١ ص ١٦٨ – ١٣ فبراير سنة [illegible] م ٢ ص ٢١٣ – ٣ ديسمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ٧٤ .

(٢) استئناف مختلط ٢٧ مارس سنة ١٨٨٩ م ١ ص ٢٩٣ – ١٣ فبراير سنة ١٨٩٠ م ٢ ص [illegible] [illegible]

(الفرض الثانى) المؤجر لم يشترط صراحة عدم الإيجار من الباطن : فيكون للمؤجر امتياز على منقولات المستأجر من الباطن ومحصولاته بقدر ما يكون المستأجر من الباطن ملزماً به قبل المستأجر الأصلى فى الوقت الذى ينذر فيه المؤجر المستأجر من الباطن .

٧١٠ — نقل الأموال المثقلة بالامتياز من العين المؤجرة : وتنص الفقرة الخامسة من المادة ١١٤٣ مدنى ، كما رأينا ، على ما يأتى : « وإذا نقلت الأموال المثقلة بالامتياز من العين المؤجرة على الرغم من معارضة المؤجر أو على غير علم منه ، ولم يبق فى العين أموال كافية لضمان الحقوق الممتازة ، بقى الامتياز قائماً على الأموال التى نقلت دون أن يضر ذلك بالحق الذى كسبه الغير حسن النية على هذه الأموال ، ويبقى الامتياز قائماً ولو أضر بحق الغير لمدة ثلاث سنوات من يوم نقلها إذا أوقع المؤجر عليها حجزاً استحقاقياً فى الميعاد القانونى . ومع ذلك إذا بيعت هذه الأموال إلى مشتر حسن النية فى سوق عام أو فى مزاد علنى أو ممن يتجر فى مثلها ، وجب على المؤجر أن يرد الثمن إلى هذا المشترى » .

ويؤخذ من هذا النص أنه إذا أخرج المستأجر المنقولات المثقلة بالامتياز من العين المؤجرة ، على غير علم من المؤجر أو بالرغم من معارضته ، بحيث لا يبقى فى العين ما يكفى لضمان الحقوق الممتازة ، فإن حق الامتياز يبقى قائماً على الأموال التى نقلت لضمان هذه الحقوق .

فإذا ثبت للغير حسن النية حق على هذه المنقولات ، كأن اشتراها مشتر حسن النية لا يعلم بحق الامتياز الذى يثقلها ، فلا تخلو الحال من أحد فرضين : إما أن يكون المؤجر قد أوقع على هذه المنقولات حجزاً استحقاقياً فى خلال ثلاثين يوماً من يوم نقلها ، وفى هذا الفرض يبقى حق الامتياز قائماً لمدة ثلاث سنوات من يوم النقل ، وتنتقل ملكية المنقولات إلى المشترى مثقلة بهذا الحق . ويعلل ذلك بأن المنقولات التى أخرجت من العين المؤجرة

خلسة أو بالرغم من معارضة المؤجر تكون فى حكم المنقولات المسروقة ، وهذا ما يسمى بسرقة الرهن (vol de gage) . ومن المعروف أن قاعدة « الحيازة فى المنقول سند الملكية » لا محل للتمسك بها فى حالة المنقولات المسروقة . وذلك ما لم يكن المشترى قد اشترى المنقولات فى سوق عام أو فى مزاد علنى أو ممن يتجر فى مثلها ، فعندئذ يجب على المؤجر أن يرد الثمن إلى المشترى . أو أن يكون المؤجر لم يوقع على المنقولات حجزاً استحقاقياً أو وقعه بعد انقضاء ميعاد الثلاثين يوماً . وفى هذا الفرض تخلص للمشترى ملكية المنقولات خالية من الامتياز .

وقياساً على ما تقدم ، إذا أخرج المستأجر منقولاته من العين المؤجرة خلسة أو بالرغم من معارضة المؤجر ، ووضعها فى عين أخرى استأجرها كذلك ، وأوقع المؤجر الأول الحجز الاستحقاقى على المنقولات فى خلال ثلاثين يوماً من نقلها ، فإن حق امتيازه يتقدم على حق امتياز المؤجر الثانى ولو كان هذا الأخير حسن النية[1].

٧١١ — حق حبس المنقولات : وتنص المادة ٥٨٩ مدنى على ما يأتى :

« ١ — يكون للمؤجر ، ضماناً لكل حق يثبت له بمقتضى عقد الإيجار ، أن يحبس جميع المنقولات القابلة للحجز الموجودة فى العين المؤجرة ما دامت مثقلة بامتياز المؤجر ، ولو لم تكن مملوكة للمستأجر . وللمؤجر الحق فى أن يمانع فى نقلها ، فإذا نقلت رغم معارضته أو دون علمه ، كان له الحق فى استردادها من الحائز لها ولو كان حسن النية ، مع عدم الإخلال بما يكون لهذا الحائز من حقوق » .

« ٢ — وليس للمؤجر أن يستعمل حقه فى الحبس أو فى الاسترداد إذا كان نقل هذه الأشياء أمراً اقتضته حرفة المستأجر أو المألوف من شؤون

---

(١) انظر فى ذلك الوسيط ٦ فقرة ٣٥٩ .

الحياة ، أو كانت المنقولات التي تركت في العين المؤجرة أو التي تم استردادها تفي بضمان الأجرة وفاء تاماً » .

ويتمشى حق المؤجر في الحبس مع حق الامتياز المقرر له ، من حيث الحق الممتاز ومن حيث محل الامتياز . ولما كان الحبس من موضوعات عقد الإيجار ، فنكتفي بالإحالة فيه إلى الجزء السادس من الوسيط[1] .

٧١٢ – توقيع الحجز التحفظي : ولم يكتف المشرع بإعطاء المؤجر حق امتياز على منقولات المستأجر وحقاً في حبس هذه المنقولات ، بل دعم هذين الحقين بحق ثالث هو حق توقيع الحجز التحفظي على هذه المنقولات .

وبفضل هذا الحجز التحفظي يستطيع المؤجر أن يجعل حقه في الحبس منتجاً ، إذ يمنع به المستأجر من إخراج منقولات من العين المؤجرة أو يستردها إذا أخرجت . وبفضله أيضاً يستطيع المؤجر أن يجعل حق الامتياز منتجاً ، إذ لولاه لاستطاع المستأجر أن يتصرف في المنقولات لحائز حسن النية فيتملكها ويضيع بذلك على المؤجر حق امتيازه ، أما بعد الحجز فلا يجوز للحائز حسن النية أن يحتج بحقه على المؤجر .

وهذا أيضاً من موضوعات عقد الإيجار ، فنكتفي بالإحالة على الجزء السادس من الوسيط[2] .

ج – مرتبة الامتياز

٧١٣ – المرتبة السادسة : ومرتبة امتياز المؤجر هي المرتبة السادسة ، بعد المصروفات القضائية ، والمبالغ المستحقة للخزانة العامة ، ومصروفات الحفظ والترميم ، وحقوق الامتياز العامة ، ومصروفات الزراعة والآلات الزراعية .

---

(١) الوسيط ٦ فقرة ٣٦٢ – فقرة ٣٦٣ .

(٢) الوسيط ٦ فقرة ٣٦٤ – فقرة ٣٦٦ .

٧١٤ – استثناء الحقوق غير النافذة في حق المؤجر : ويجب استبعاد الحقوق غير النافذة فى حق المؤجر باعتباره حائزاً حسن النية من بين الحقوق الخمسة التى تقدم ذكرها ، وهى التى تتقدم امتياز المؤجر .

فامتياز الحفظ والترميم مثلا ، وإن كان يتقدم امتياز المؤجر ، إلا أن امتياز المؤجر يتقدمه إذا دخلت العين التى حفظت أو رممت المكان المؤجر دون أن يعلم المؤجر أن هذه العين يثقلها حق امتياز الحفظ والترميم .

§ ٣ – امتياز صاحب الفندق

٧١٥ – نص قانونى : نصت المادة ١١٤٤ مدنى على ما يأتى :

« ١ – المبالغ المستحقة لصاحب الفندق فى ذمة النزيل عن أجرة الإقامة والمؤونة وما صرف لحسابه ، يكون لها امتياز على الأمتعة التى أحضرها النزيل فى الفندق أو ملحقاته » .

« ٢ – ويقع الامتياز على الأمتعة ولو كانت غير مملوكة للنزيل إذا لم يثبت أن صاحب الفندق كان يعلم وقت إدخالها عنده بحق الغير عليها بشرط ألا تكون تلك الأمتعة مسروقة أو ضائعة ، ولصاحب الفندق أن يعارض فى نقل الأمتعة من فندقه ما دام لم يستوف حقه كاملا ، فإذا نقلت الأمتعة رغم معارضته أو دون علمه ، فإن حق الامتياز يبقى قائماً عليها دون إخلال بالحقوق التى كسبها الغير بحسن نية » .

« ٣ – ولامتياز صاحب الفندق نفس المرتبة التى لامتياز المؤجر ، فإذا تزاحم الحقان قدم الأسبق فى التاريخ ، ما لم يكن غير نافذ بالنسبة إلى الآخر »[1] .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة [illegible] من المشروع التمهيدي [illegible] ووافقت عليه لجنة المراجعة [illegible] تحت رقم ١٢٢٤ [illegible]

= ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١١٤٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٣١٧ - ص ٣١٩) .

التقنين المدنى السابق م ٦٠١ البند الثامن / ٧٢٧ البند السابع : المبالغ المستحقة لأصحاب الخانات من السائحين النازلين فيها ، وتدفع من ثمن الأشياء المودعة لهم فيها .

التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين السورى م ١١٢٣ : ١ - المبالغ المستحقة لصاحب الفندق فى ذمة النزيل عن أجرة الإقامة والمؤونة وما صرف لحسابه ، لها امتياز على الأمتعة التى أحضرها النزيل فى الفندق أو ملحقاته . ٢ - ويقع الامتياز على الأمتعة ولو كانت غير مملوكة للنزيل إذا لم يثبت أن صاحب الفندق كان يعلم وقت إدخالها عنده بحق الغير عليها ، بشرط ألا تكون هذه الأمتعة مسروقة أو ضائعة . ولصاحب الفندق أن يعارض فى نقل الأمتعة من فندقه ، ما دام لم يستوف حقه كاملا . فإذا نقلت الأمتعة رغم معارضته أو دون علمه ، فإن حق الامتياز يبقى قائما عليها دون إخلال بالحقوق التى كسبها الغير بحسن نية . ٣ - ولامتياز صاحب الفندق نفس المرتبة التى لامتياز المؤجر .

التقنين الليبى م ١١٤٨ : ١ - المبالغ المستحقة لصاحب الفندق فى ذمة النزيل عن أجرة الإقامة والمؤونة وما صرف لحسابه ، يكون لها امتياز على الأمتعة التى أحضرها النزيل فى الفندق أو ملحقاته . ٢ - ويقع الامتياز على الأمتعة ولو كانت غير مملوكة للنزيل إذا لم يثبت أن صاحب الفندق كان يعلم وقت إدخالها عنده بحق الغير عليها ، بشرط ألاّ تكون تلك الأمتعة مسروقة أو ضائعة . ولصاحب الفندق أن يمارض فى نقل الأمتعة من فندقه ، ما دام لم يستوف حقه كاملا . فإذا نقلت الأمتعة رغم معارضته أو دون علمه ، فإن حق الامتياز يبقى قائما دون إخلال بالحقوق التى كسبها الغير بحسن نية . ٣ - ولامتياز صاحب الفندق نفس المرتبة التى لامتياز المؤجر ، فإذا تزاحم الحقان قدم الأسبق فى التاريخ ، ما لم يكن غير نافذ بالنسبة إلى الآخر .

التقنين العراقى م ١٣٨٥ : ١ - المبالغ المستحقة لصاحب الفندق فى ذمة النزيل عن أجرة الإقامة والمؤونة وما صرف لحسابه ، يكون لها حق امتياز على الأمتعة التى أحضرها النزيل فى الفندق أو ملحقاته . ٢ - ويقع حق الامتياز حتى على الأمتعة غير المملوكة للنزيل ، إذا لم يثبت أن صاحب الفندق كان يعلم وقت إدخالها عنده بحق الغير عليها ، بشرط ألا تكون تلك الأمتعة مستحصلة عن جريمة أو ضائعة . ٣ - وإذا نقلت الأموال المثقلة بحق الامتياز من الفندق على الرغم من معارضة صاحبه أو دون علمه ، بقى حق الامتياز قائما على الأموال التى نقلت دون أن يضر ذلك بالحق الذى يكسبه الغير حسن النية على هذه الأموال . ٤ - وامتياز هذه الديون له نفس المرتبة التى لامتياز الديون المستحقة للمؤجر ، فإذا تزاحم الامتيازان قدم الأسبق فى التاريخ ، ما لم يكن غير نافذ بالنسبة إلى الآخر بسبب الحيازة المقترنة بحسن النية .

وقد جاء فى مذكرة المشروع التمهيدى . فى خصوص هذا النص ، ما يأتى :

« الحق الممتاز : المبالغ المستحقة لصاحب الفندق فى ذمة النزيل عن الإقامة والمؤونة وما يصرف لحسابه ، فيدخل النوم والطعام والشراب للنزيل ومن معه وكذلك ما أعطى له قرضاً ، وذلك عن آخر مرة نزل فيها لا عن المرات السابقة . وقد يكون النزيل من نفس البلد ، ولذلك تجنب المشرع كلمة سائح .

محل الامتياز : الأمتعة التى أحضرها النزيل فى الفندق أو فى مكان ملحق ، ويدخل فى الأمتعة الجوهرات . ويشمل الامتياز الأمتعة ولو كانت غير مملوكة للنزيل . ما دام صاحب الفندق لا يعلم أنها مملوكة لغيره ، هذا ما لم تكن مسروقة أو ضائعة فلصاحبها أن يستردها فى ثلاث سنوات .

وإذا نقلت المنقولات بغير رضاء صاحب الفندق كان له أن يستردها ، إلا إذا كسب الغير حقاً يكون نافذاً قبله . وليس لصاحب الفندق توقيع حجز استحقاقى كالمؤجر .

مرتبة الامتياز : هى نفس مرتبة المؤجر ، فإذا تزاحم الحقان قدم الأسبق فى التاريخ ما لم يكن غير نافذ بالنسبة للآخر . فإذا أخرج المستأجر بعض الأمتعة من العين المؤجرة دون علم المؤجر ونزل بها فى فندق صاحبه لايعلم أن للمؤجر امتيازاً على هذه الأمتعة ، وحجز المؤجر حجزاً استحقاقياً فى الميعاد ، فإن امتياز المؤجر وهو الأسبق فى التاريخ هو الذى يقدم . أما إذا لم يحجز المؤجر ، فإن امتيازه لا يكون نافذاً بالنسبة لصاحب الفندق فيقدم امتياز هذا الأخير . كذلك إذا أخرج النزيل أمتعته ووضعها فى عين مؤجرة ، وكان المؤجر حسن النية ، كان امتيازه مقدماً ، لأن امتياز صاحب الفندق ، وهو الأسبق فى التاريخ ، لا ينفذ فى حقه »[1].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٣١٨ – ص ٣١٩ .

٧١٦ – الحق الممتاز : وهذا الامتياز خاص بأصحاب الفنادق ، فلا ينطبق على أصحاب المقاهى ، ولا على أصحاب المطاعم ، ولا على أصحاب الحانات . والمهم أن يقدم صاحب الفندق مأوى للنوم ، سواء قدم طعاماً أو غير ذلك أو لم يقدم . والذين يقدمون الطعام، أو الشراب ، دون المأوى ، غير المأوى ، غير ممتازين(١) . أما أصحاب المنازل المفروشة فقد اختلف فى شأنهم ، فبعض يرى أن لهم امتيازاً وإن لم يقوموا بتقديم الطعام(٢) ، وبعض يرى أنه لا يكون لهم الامتياز المؤجر(٣) ولا يكون لهم امتياز صاحب الفندق إلا إذا قبلوا كل من يتقدم إليهم وقاموا أيضاً بتقديم الطعام لأن المنزل المفروش يعتبر عندئذ فندقاً(٤) .

والحق الممتاز هو ما يستحق لصاحب الفندق أجرة للمأوى ، وثمن الطعام والشراب وسائر المؤن التى تقدم للنزيل ولتوابعه الذين يحضرون معه والحيوانات التى يحضرها ، وما أعطى للنزيل قرضاً(٥).

والنزيل هو السائح والمسافر وكل من ينزل الفندق ولو كان من نفس البلد ، ولذلك تجنب القانون كلمة سائح(٦).

ولا يضمن الامتياز إلا المبالغ المستحقة من النزيل فى أثناء إقامته الحالية ، لا فى المرات السابقة(٧) . ولا يهم المدة ، ولو كانت طويلة(٨) .

---

(١) جيوار فقرة ٤٢٤ – أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٦١ هامش ٧٦ ثالثاً – [illegible] لوران فقرة ٥٤٢ – بلانيول وريبير وبيكيه فقرة ١٦٧ – جرانمولان فقرة ٢١١ .

(٢) هيك ١٣ فقرة ١٠٥ – لوران ٢٩ فقرة ٥٠٦ – أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٦١ هامش ٧٦ ثالثاً – كولان وكابيتان ٢ فقرة ١٦٦٤ – بودرى ودى لوان فقرة ٥٤٢ .

(٣) دى هلتس فقرة ١٤٢ .

(٤) جيوار فقرة ٤٢٦ – بلانيول وريبير وبيكيه فقرة ١٦٧ .

(٥) مذكرة المشروع التمهيدى فقرة ٧١٥ .

(٦) مذكرة المشروع التمهيدى فقرة ٧١٥ .

(٧) أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٦١ هامش ٧٨ – بودرى ودى لوان فقرة ٥٤٨ – بلانيول وريبير وبيكيه فقرة ١٦٨ .

(٨) محمد كامل مرسى فقرة ٤٤٦ ص ٦٨٦ .

٧١٧ — محل الامتياز : ويقع الامتياز على الأمتعة والأشياء التي يحضرها النزيل معه ، وما يحضره توابع النزيل من زوجة وأولاد وخدم[١] . وقد تكون هذه الأشياء مملوكة لآخرين ، فيقع عليها الامتياز مع ذلك ما دام صاحب الفندق يعتقد بحسن نية أنها مملوكة للنزيل ولأتباعه[٢] . أما إذا كان يعرف الحقيقة ، أو كانت الأشياء مسروقة أو ضائعة حيث يستردها مالكها في ثلاث سنوات فلا امتياز عليها[٣] .

وأمثلة الأمتعة التي يحضرها النزيل وتوابعه في الفندق أو ملحقاته الملابس (عدا ما يكون عليه) والبضائع والمجوهرات والعربات والسيارات والخيل والحيوانات الأخرى والنقود وما يأتي به النزيل في أثناء إقامته[٤] . ولكن لا يقع الامتياز على السندات وسائر المنقولات غير المادية لأنها لا تعتبر أمتعة[٥] .

وليس لصاحب الفندق توقيع حجز استحقاقي كالمؤجر ، وإذا نقلت المنقولات بغير رضائه كان له أن يستردها إلا إذا كسب الغير حقاً يكون نافذاً قبله .

ويفقد صاحب الفندق امتيازه على الأشياء التي ينقلها النزيل من الفندق ، ولو خفية ، ولكن إذا سرقت الأمتعة من الفندق كان لصاحب الفندق أن يستردها ولو كان الذي انتقلت إليه حسن النية[٦] . ولصاحب الفندق الحق في حبس أمتعة النزيل .[٧]

---

(١) بودري ودي لوان فقرة ٥٤٦ — كولان وكابيتان ٢ فقرة ١١١٥ — بلانيول وريبير وبيكيه فقرة ١٦٩ .

(٢) بودري ودي لوان فقرة ٥٤٧ .

(٣) بودري ودي لوان فقرة ٥٤٨ — أوبري ورو ٣ فقرة ٢٦١ ص ٢٧٢ .

(٤) بودري ودي لوان فقرة ٥٤٦ .

(٥) بلانيول وريبير وبيكيه فقرة ١٦٩ .

(٦) بودري ودي لوان فقرة ٥٤٩ .

(٧) بودري ودي لوان فقرة ٥٤٩ .

٧١٨ — مرتبة الامتياز : هى نفس مرتبة امتياز المؤجر ، أى المرتبة السادسة . وإذا تزاحم الحقان ، قدم الأسبق فى التاريخ ، ما لم يكن غير نافذ بالنسبة إلى الآخر .

فإذا أخرج المستأجر بعض الأمتعة من العين المؤجرة دون علم المؤجر ونزل بها فى فندق صاحبه حسن النية لا يعلم أن هذه الأمتعة مثقلة بامتياز المؤجر ، ولم يحجز المؤجر حجزاً استحقاقياً فى الميعاد ، قدم امتياز صاحب الفندق .

كذلك إذا أخرج النزيل أمتعته من الفندق ووضعها فى عين مؤجرة ، وكان المؤجر حسن النية ، كان امتياز المؤجر هو المقدم[١] .

٧١٩ — حق التتبع : وإذا خرجت الأمتعة من الفندق برضاء صاحب أو بعلمه ، انقضى الامتياز . أما إذا خرجت دون علم صاحب الفندق ، أو بالرغم من معارضته ، فإن حق الامتياز يبقى قائماً عليها ، ويجوز لصاحب الفندق تتبعها دون إخلال بالحقوق التى كسبها الغير بحسن نية .

§ ٤ — امتياز بائع المنقول

٧٢٠ — نص قانونى : نصت المادة ١١٤٥ مدنى على ما يأتى :

« ١ — ما يستحق لبائع المنقول من الثمن وملحقاته ، يكون له امتياز على الشىء المبيع ، ويبقى الامتياز قائماً ما دام المبيع محتفظاً بذاتيته ، وهذا دون إخلال بالحقوق التى كسبها الغير بحسن نية ، مع مراعاة الأحكام الخاصة بالمواد التجارية » .

« ٢ — ويكون هذا الامتياز تالياً فى المرتبة لما تقدم ذكره من حقوق الامتياز الواقعة على منقوله ، إلا أنه يسرى فى حق المؤجر وصاحب

---

(١) انظر فى ذلك آنفاً فقرة ٧١٥ .

الفندق إذا ثبت أنهما كانا يعلمان به وقت وضع المبيع فى العين المؤجرة أو الفندق »[١] .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٥٨٧ من المشروع التمهيدى . وعدلته لجنة المراجعة تعديلا لفظياً فأصبح مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، ثم وافقت عليه تحت رقم ١٢٤٩ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٢٣٤ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١١٤٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٣٢٠ – ص ٣٢٢) .

التقنين المدنى السابق م ٦٠١ البند السابع / ٧٢٧ البند السادس : ثمن المبيع المستحق للبائع أو المبلغ المدفوع من غير المشترى بعقد ذى تاريخ ثابت بوجه رسمى المخصص لأداء الثمن المذكور تخصيصاً صريحاً ، ويكون امتياز هذا وهذا على الشىء المبيع ما دام فى ملك المشترى إذا كان منقولا ، مع عدم الإخلال بالأصول المتعلقة بالمواد التجارية . فإذا كان المبيع عقاراً ، كان ثمنه ممتازاً أيضاً إذا كان تسجيل البيع حصل على الوجه الصحيح . ولا يجرى مقتضى هذا الامتياز إلا على حسب الدرجة التى تترتب له بناء على تاريخ التسجيل .

التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين السورى م ١١٢٤ : ١ – ما يستحق لبائع المنقول من الثمن وملحقاته ، يكون له امتياز على الشىء المبيع ، ويبقى الامتياز قائماً ما دام المبيع محتفظاً بذاتيته ، وهذا دون إخلال بالحقوق التى كسبها الغير بحسن نية ، مع مراعاة الأحكام الخاصة بالمواد التجارية . ٢ – ويكون هذا الامتياز تالياً فى المرتبة لما تقدم ذكره من حقوق الامتياز الواقعة على منقول ، إلا أنه يسرى فى حق المؤجر وصاحب الفندق إذا ثبت أنهما كانا يعلمان به وقت وضع المبيع فى العين المؤجرة أو الفندق .

التقنين الليبى م ١١٤٩ : ١ – ما يستحق لبائع من الثمن وملحقاته ، يكون له امتياز على الشىء المبيع ، ويبقى الامتياز قائماً ما دام المبيع محتفظاً بذاتيته . وهذا دون إخلال بالحقوق التى كسبها الغير بحسن نية ، مع مراعاة الأحكام الخاصة بالمواد التجارية . ٢ – ويكون هذا الامتياز تالياً فى المرتبة لما تقدم ذكره من حقوق الامتياز الواقعة على منقول ، إلا أنه يسرى فى حق المؤجر وصاحب الفندق إذا ثبت أنهما كانا يعلمان به وقت وضع المبيع فى العين المؤجرة أو الفندق .

التقنين العراقى م ١٣٧٦ : ١ – ما يستحق لبائع المنقول من الثمن وملحقاته يكون له حق امتياز على المبيع ، ويبقى حق الامتياز قائماً ما دام المبيع محتفظاً بذاتيته . وهذا دون إخلال بالحقوق التى كسبها الغير حسن النية ، ومع مراعاة الأحكام الخاصة بالقضايا التجارية . ٢ – ويكون حق الامتياز هذا تالياً فى المرتبة مباشرة لما تقدم ذكره من حقوق الامتياز ، إلا أنه يسرى فى حق المؤجر وصاحب الفندق إذا ثبت أنهما كانا يعلمان به وقت وضع المبيع فى العين المؤجرة أو الفندق .

وقد جاء فى مذكرة المشروع التمهيدى ، فى خصوص هذا النص ، ما يأتى :

« الحق الممتاز : ثمن المبيع وملحقاته من فوائد ومصروفات ، وكذلك ما أقرض للمشترى وحل المقرض محل البائع باتفاق معه ، ولم ينص المشروع على هذه الحالة اكتفاء بالقواعد العامة . ولا يدخل فى نطاق الامتياز التعويض ، أو أى دين آخر مستحق بعقد البيع غير ما تقدم (وهذا بخلاف ما ذكر بالنسبة لعقد الإيجار فى امتياز المؤجر) .

محل الامتياز : المنقول المبيع ما دام محتفظاً بذاتيته ، ولم يكسب عليه الغير حقاً ينفذ قبل البائع ، وما دام المشترى لم يفلس وإلا حرم البائع الامتياز والفسخ طبقاً لقواعد القانون التجارى .

مرتبة الامتياز : يأتى هذا الامتياز بعد الامتيازات السابقة ، ويسرى فى حق المؤجر وصاحب الفندق إذا كان هذان يعلمان به »[1] .

٧٢١ — الحق الممتاز : فى جميع أحوال بيع المنقول التى لم يدفع فيها الثمن كله أو بعضه ، سواء كان المنقول المبيع مادياً أو معنوياً[2] . وينشأ بمجرد نقل المبيع إلى المشترى ، وبقاء جزء من الثمن فى ذمة المشترى .

ويضمن الامتياز ثمن المبيع أو الباقى منه ، وملحقاته كنفقات المطالبة بالثمن والفوائد والمصروفات التى يكون البائع قد عجلها لحساب المشترى .

ولا يضمن غير الثمن والملحقات المستحقة بعقد البيع ، فلا يضمن التعويضات كما فى امتياز المؤجر .

ولا يثبت الامتياز لبائع ملك الغير ، ولا لبائع الأشياء المثلية قبل نقل ملكيتها بفرزها ، ولا لبائع المنقول المفرز الذى احتفظ البائع بملكيته إلى سداد جميع ثمنه .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٣٢١ — ص ٣٢٢ .

(٢) بيدان وفواران فقرة ٥١٣ — بلانيول وريبير وبيكيه فقرة ١٨٩ .

وتعتبر حوالة الحق فى حكم البيع ؛ وكذلك الوفاء بمقابل إذا وجب على الدائن أن يدفع للمدين فرقاً ، وكذلك المقايضة بالنسبة إلى فرق القيمة .

٧٢٢ — محل الامتياز : ويقع الامتياز على المنقول المبيع ، سواء كان مادياً أو معنوياً .

ويبقى المنقول المبيع محلا للامتياز ، ما دام محتفظاً بذاتيته[١] . فإذا أضاع المنقول معالمه الأصلية ، كأن يصنع الدقيق خبزاً أو تصنع الحنطة دقيقاً أو أدمج المنقول فى عقار فصار عقاراً بطبيعته ، فإن الامتياز يزول[٢] . أما إذا تغيرت حالة المنقول دون أن يفقد ذاتيته ، كما إذا صنع الخشب أثاثاً أو حيك القماش ثوباً أو صار المنقول عقاراً بالتخصيص ، فإن ذلك لا يمنع بقاء الامتياز عليه[٣] .

٧٢٣ — مرتبة الامتياز : وللامتياز مرتبته السابقة ، بعد امتياز المؤجر وصاحب الفندق . فإذا كان المؤجر أو صاحب الفندق يعلم بامتياز بائع المنقول وقت وضع المنقول عنده ، فإن امتياز بائع المنقول يتقدم على امتياز المؤجر أو صاحب الفندق .

٧٢٤ — حق التتبع : ويتتبع البائع المنقول فى أى يد يكون ، بعد احترام الحقوق التى كسبها الغير عليه بحسن نية .

وقد يكسب الغير حقوقاً على المنقول بصفة مستقلة ، كما إذا باع مشترى المنقول إلى مشتر ثان وتسلم المشترى الثانى المنقول وهو حسن النية[٤] .

---

(١) استئناف مختلط ٢٦ نوفبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ٥١ .

(٢) بيدان وڤواران فقرة ٥١٢ – الإسكندرية مستعجل ١٤ مارس سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢٠ رقم ٥١٣ ص ١٢٢٩ .

(٣) بيدان وڤواران فقرة ٥١٢ – استئناف مختلط ٢٦ نوفبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ٥١ .

(٤) بيدان وڤواران فقرة ٥١١ .

وقد يكسب الغير حقوقاً على المنقول بصفة تبعية ، كما إذا أصبح المنقول عقاراً بالتخصيص ورهن مع العقار الأصلى فإن حق الدائن المرتهن ، إذا كان هذا حسن النية ، يتقدم على امتياز بائع المنقول[١] .

§ ٥ – امتياز المتقاسم فى المنقول

٧٢٥ – نص قانونى : نصت المادة ١١٤٦ مدنى على ما يأتى :

« ١ – للشركاء الذين اقتسموا منقولا حق امتياز عليه ، تأميناً لحق كل منهم فى الرجوع على الآخرين بسبب القسمة ، وفى استيفاء ما تقرر لهم فيها من معدل » .

« ٢ – وتكون لامتياز المتقاسم نفس المرتبة التى لامتياز البائع ، فإذا تزاحم الحقان قدم الأسبق فى التاريخ »[٢] .

---

(١) انظر فى هذا الامتياز بصفة عامة : استئناف مختلط ٣١ أكتوبر سنة ١٩٢٢ م ٣٦ ص ٢٥٦ – ١٠ يونيه سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٤٢٦ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٠٨٨ من المشروع التمهيدى . وعدلته لجنة المراجعة تعديلا لفظياً طفيفاً فصار مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، ثم وافقت عليه تحت رقم ١٢٥٠ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٢٢٥ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١١٤٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٣٢٣ – ص ٣٢٤) .

التقنين المدنى السابق : لا مقابل .

التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين السورى م ١١٢٥ : ١ – للشركاء الذين اقتسموا منقولا حق امتياز عليه ، تأميناً لحق كل منهم فى الرجوع على الآخرين بسبب القسمة ، وما تقرر لهم فيها من معدل . ٢ – وتكون لامتياز المتقاسم نفس الرتبة التى لامتياز البائع ، فإذا تزاحم الحقان قدم الأسبق فى التاريخ .

التقنين الليبى م ١١٥٠ : ١ – للشركاء الذين اقتسموا منقولا حق امتياز عليه ، تأميناً لحق كل منهم فى الرجوع على الآخرين بسبب القسمة ، وفى استيفاء ما تقرر لهم فيها من معدل . ٢ – وتكون لامتياز المتقاسم نفس المرتبة التى لامتياز البائع ، فإذا تزاحم الحقان قدم الأسبق فى التاريخ .

–

وجاء فى مذكرة المشروع التمهيدى ، فى خصوص هذا النص ما يأتى :

« الحق الممتاز : الالتزامات التى تنشأ من عقد القسمة وهى ثلاثة : ضمان الاستحقاق والالتزام بدفع المعدل والالتزام بدفع ثمن التصفية . وامتياز المتقاسم فى المنقول استحدثه المشروع ، ولا يوجد فى التقنين الحالى (السابق) .

محل الامتياز : الحصة المفرزة التى وقعت فى نصيب كل متقاسم

مرتبة الامتياز : هى مرتبة امتياز البائع ، فإذا تزاحما قدم الأسبق . فإذا كانت القسمة بعد البيع قدم امتيار البائع ، وإذا كان البيع بعد القسمة قدم امتياز المتقاسم »[1] .

٧٢٦ — الحق الممتاز : يسرى هذا الامتياز فى كل قسمة ، ودية أو قضائية ، كلية أو جزئية ، وأياً كان مصدر الشيوع الإرث أو غيره .

ويضمن الامتياز :

١ — معدل القسمة (soulte) ، فهو الفرق ما بين الحصص وجب بعقد القسمة .

٢ — ثمن التصفية (licitation) ، إذا بيع المنقول بالمزاد بين الشركاء . فالراسى عليه المزاد يصبح مديناً لكل شريك آخر بقدر نصيب هذا فى المنقول ، ويضمن نصيبه امتياز المتقاسم . أما إذا بيع المنقول لأجنبى غير شريك ، فإن هذا يكون بيعاً ، فيه امتياز البائع .

— التقنين العراقى م ١٣٧٧ : ١ — إذا اقتسم الشركاء منقولا شائعا بينهم ، فحق كل منهم فى الرجوع على الآخرين بسبب القسمة وفى استيفاء ما تقرر له من معدل يكون مضمونا بحق امتياز على جميع الحصص المفرزة التى وقعت فى نصيب باقى الشركاء . ٢ — ولحق الامتياز هذا نفس المرتبة التى لامتياز الديون المستحقة للبائع ، فإذا تزاحم الامتيازان قدم الأسبق فى التاريخ .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٣٢٣ .

٣ – التعويض الذى يثبت للمتقاسم الذى استحقت حصته للغير بسبب سابق على القسمة (م ١/٨٤٤ مدنى) .

٤ – الفوائد التى يستحقها المتقاسم عن أى مبلغ من المبالغ المتقدمة .

٧٢٧ – محل الامتياز : الحصص المفرزة التى وقعت فى نصيب كل متقاسم .

٧٢٨ – مرتبة الامتياز : ويأتى هذا الامتياز فى المرتبة السابقة ، مع امتياز البائع .

فإذا بيع منقول ثم اقتسم بين المشترين ، قدم امتياز بائع المنقول على امتياز المتقاسم ، لأن امتياز بائع المنقول أسبق .

وإذا اقتسم منقول ثم باع المتقاسمون حصصهم المفرزة ، قدم امتياز المتقاسم على امتياز بائع المنقول ، لأن امتياز المتقاسم أسبق .

الفصل الثانى

حقوق الامتياز الخاصة

الواقعة على عقار

٧٢٩ – حقوق الامتياز الخاصة العقارية : هذه ثلاثة :

١ – امتياز بائع العقار .

٢ – امتياز المهندسين والمقاولين .

٣ – امتياز المتقاسم فى العقار .

وقد نصت المادة ١/١١٣٤ مدنى على ما يأتى : « تسرى على حقوق الامتياز الواقعة على عقار أحكام الرهن الرسمى بالقدر الذى لا تتعارض فيه

طبيعة هذه الحقوق ، وتسرى بنوع خاص أحكام التطهير والقيد و ما يترتب على القيد من آثار وما يتصل به من تجديد ومحو »[١] .

ونتابع دراسة حقوق الامتياز الخاصة العقارية متعاقبة .

§ ١ – امتياز بائع العقار

٧٣٠ – نص قانوني : تنص المادة ١١٤٧ مدنى على ما يأتى :

« ١ – ما يستحق لبائع العقار من الثمن وملحقاته ، يكون له امتياز على العقار المبيع » .

« ٢ – ويجب أن يقيد الامتياز ولو كان البيع مسجلا ، وتكون مرتبته من وقت القيد »[٢] .

---

(١) انظر استئناف مختلط ١٠ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٠٨ – ١٥ أبريل سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٣٢٨ .

وقد قضت محكمة النقض بأنه لما كان الحكم إذ نفى وجود حق امتياز للطاعن لم يشهر حق امتيازه بالقيود اكتفاء بتسجيل حكم مرسى المزاد ، فإن هذا الذى قرره الحكم لا مخالفة فيه للقانون (نقض مدنى ١٢ فبراير سنة ١٩٥٣ مجموعة أل ٢٥ عاما ١ ص ٣٩٥ رقم ٢٤) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٥٨٩ من المشروع التمهيدى (وأضافت لجنة المراجعة فقرة ثالثة لقيد حقوق الامتياز على العقار المبيع وقت العمل بالقانون ، ثم وافقته اللجنة على النص تحت رقم ١١٥١ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٢٣٦ ، ثم مجلس الشيوخ ، بعد حذف الفقرة الزائدة لورود حكمها فى قانون الشهر العقارى تحت رقم ١١٤٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٣٢٥ – ٣٢٧) .

التقنين المدنى السابق م ٦٠١ البند السابع / ٧٢٧ البند السادس : ثمن المبيع المستحق للبائع أو المبلغ المدفوع من غير المشترى بعقد ذى تاريخ ثابت بوجه رسمى المخصص لأداء الثمن المذكور تخصيصا صريحا ، ويكون امتياز هذا وهذا على الشىء المبيع مادام فى ملك المشترى إذا كان منقولا ، مع عدم الإخلال بالأصول المتعلقة بالمواد التجارية . فإذا كان المبيع عقاراً ، كان ثمنه ممتازا أيضاً إذا كان تسجيل البيع حصل على الوجه الصحيح . ولا يجرى مقتضى هذا الامتياز إلا على حسب الدرجة التى تترتب له بناء على تاريخ التسجيل .

التقنينات المدنية العربية الأخرى :

وقد ورد فى مذكرة المشروع التمهيدى ، فى خصوص هذا النص ، ما يأتى :

« الحق الممتاز : سبق بيانه فى امتياز بائع المنقول .

محل الامتياز : العقار المبيع .

مرتبة الامتياز : يجب القيد ولو كان البيع مسجلا ، وقد تلا فى المشروع بإيجاب القيد نقصاً معروفاً فى التقنين الحالى (السابق) . ومرتبة الامتياز تحددها القيد »[1] .

٧٣١ – الحق الممتاز : يكون هذا الامتياز لبائع العقار . ويترتب على كل بيع حاصل بمحرر رسمى أو عرفى[2] . بالمزاد أو بصفة ودية[3] .

ويضمن الامتياز ثمن العقار المبيع أو الباقى منه ، وملحقاته من فوائد[4] ومن مصروفات[5] ، ولو حرر بها المشترى سندات تحت إذن البائع بشرط أن يذكر فى عقد البيع تحرير هذه السندات[6] ، ولا يعتبر تحرير السندات

= التقنين السورى م ١١٢٦ : ١ – ما يستحق لبائع العقار من الثمن وملحقاته ، يكون له امتياز على العقار المبيع . ٢ – ويجب أن يقيد الامتياز ، وتكون له رتبته من وقت القيد .

التقنين الليبى : لا شىء .

التقنين العراقى م ١٣٧٨ : ١ – ما يستحق لبائع العقار أو مفرغه من الثمن وملحقاته له حق امتياز على العقار المبيع أو المفرغ . ٢ – ويجب ذكر حق الامتياز فى سجل الطابو ، وتكون مرتبته من وقت التسجيل .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٣٢٦ .

(٢) بودرى ودى لوان فقرة ٥٧٤ – أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٦٣ ص ٢٨١ .

(٣) بودرى ودى لوان فقرة ٥٧٤ – پلانيول وريبير وبيكيه فقرة ٦٢٦ .

(٤) بيدان وفواران فقرة ٥٩٣ – استئناف مختلط ٢١ مايو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٩٢ .

(٥) بيدان وفواران فقرة ٥٩٣ – شفيق شحاته ٣ فقرة ١٨٨ .

(٦) بيدان وفواران فقرة ٥٩٣ .

تجديداً للدين[١] . ويضمن الامتياز الثمن ولو كان إيراداً مؤبداً ، أو لمدى الحياة . وينشأ الامتياز بقوة القانون[٢] ، فإذا احتفظ البائع بالملكية إلى حين استيفائه فلا يكون له حق الامتياز .

وإذا أخذ الشفيع المبيع بالشفعة ، حل محل المشترى ، ويكون للبائع فى هذه الحالة حق امتياز البائع[٣] .

ومتى كان المبيع عقاراً ، فيستوى أن يكون مادياً أو معنوياً[٤] ؛

ولا يكون ممتازاً إلا ثمن العقار الذى يجوز بيعه بالمزاد ، كالعقار نفسه أو حق الانتفاع به ، وليس حق الارتفاق لأنه لا يجوز بيعه بالمزاد استقلالا[٥].

وإذا استحق البائع قبل المشترى غير الثمن والفوائد والمصروفات ، فإن ما يستحقه من ذلك لا يكون ممتازاً ، كالتعويض عن فسخ البيع والتعويض الذى يحكم به للمقايض فى مقابل العقار الذى تسلمه فى المقايضة إذا استحق لشخص آخر[٦] . ولكن الامتياز يضمن زيادة الثمن التى يحكم بها للقاصر ، فى حالة بيع عقاره بغبن فاحش[٧] . ويضمن أيضاً الذى يقرض المشترى مبلغاً ليدفع به ثمن العقار ، إذا ذكر ذلك فى عقد القرض وفى عقد البيع[٨].

---

(١) استئناف مختلط ٢٦ مايو سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٤٠٥ .

(٢) استئناف مختلط ٢١ نوفمبر سنة ١٩٤٠ م ٥٣ ص ١٧ – ٢٥ مارس سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ١٥٧ .

(٣) شفيق شحاتة ٣ ص ١٧٣ هامش ٣ .

(٤) بلانيول وريبير وبيكيه فقرة ٦٣٢ .

(٥) جرانمولان فقرة ٧٤٣ – عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٦٣٢ – سليمان مرقس فقرة ٣٨٨ ص ٦٢٧ .

(٦) نقض مدنى ١٦ مارس سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١١٠ ص ٢٨١ – جرانمولان فقرة ٧٤٠ .

(٨) دى هلتس فى البيع فقرة ٢٦٠ – محمد كامل مرسى فقرة ٤٩١ .

(٨) بلانيول وريبير وبيكيه فقرة ٦٤٥ – دى هلتس فقرة ٨٢ – فقرة ٨٣ .

ويعتبر فى حكم البيع الوفاء بمقابل والمقايضة إذا كان الموفى له أو أحد المتقايضين ملزماً بدفع فرق ، فيعتبر هذا الفرق فى حكم ثمن البيع ويكون مضموناً بالامتياز[١] ، وكذلك بيع العقار على الشيوع بالمزاد لعدم إمكان قسمته إذا رسا المزاد على أجنبي[٢] .

٧٣٢ — محل الامتياز : يقع الامتياز على العقار المبيع ، سواء كان ملكية أو حق انتفاع ، وسواء كان المبيع مالا مفرزاً أو حصة شائعة ، وسواء كان بناء أو أرضاً فضاء أو أرضاً زراعية[٣] . ويشمل الامتياز الملحقات ، كالعقارات بالتخصيص والمنشآت والتحسينات والثمار من وقت تسجيل نزع الملكية[٤] .

ويرد الامتياز على كل العقار ، ولو كان أكثر من الثمن .

وإذا باع المنتفع حق الانتفاع وباع المالك الرقبة ، فبائع حق الانتفاع لا يكون له امتياز إلا على هذا الحق ولو آلت الرقبة إلى مشترى حق الانتفاع . أما بائع الرقبة فيرد امتيازه على الملكية كاملة ، لو آل حق الانتفاع إلى الرقبة[٥] .

٧٣٣ — مرتبة الامتياز : ويجب قيد الامتياز ، ولو كان عقد البيع مسجلا .

---

(١) نقض مدنى ١٦ مارس سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١١٠ ص ٢٨١ — بيدان وفوازان فقرة ٥٩٤ .

(٢) بلانيول وريبير وبيكيه فقرة ٦٢٦ . وقد قضى بألا امتياز للمتقايض إلا فيما يعتبر بيعا ، لأن الامتياز حق استثنائى لا يقاس عليه (استئناف مصر ٢٣ فبراير سنة ١٩٤١ المحاماة ٢٢) .

(٣) جرانمولان فقرة ٧٤٢ .

(٤) استئناف مختلط ٨ مايو سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ١٣٩ .

(٥) بلانيول وريبير وبيكيه فقرة ٦٣٦ .

ويعين مرتبة الامتياز تاريخ قيده .

وإذا بيع العقار مرات متوالية وبقى لكل من البائعين جزء من الثمن ، فإن البائع الأول يتقدم عمن يتلو ، بشرط أن يكون قد شهر امتيازه قبلهم[1] .

§ ٢ ـ امتياز المهندسين والمقاولين

٧٣٤ — نص قانوني : تنص المادة ١١٤٨ مدنى على ما يأتى :

« ١ ـ المبالغ المستحقة للمقاولين والمهندسين المعماريين الذين عهد إليهم فى تشييد أبنية أو منشآت أخرى أو فى إعادة تشييدها أو فى ترميمها أو صيانتها ، يكون لها امتياز على هذه المنشآت ، ولكن بقدر ما يكون زائداً بسبب هذه الأعمال فى قيمة العقار وقت بيعه » .

« ٢ ـ ويجب أن يقيد هذا الامتياز ، وتكون مرتبته من وقت القيد »[2].

---

(١) بلانيول وريبير وبيكيه فقرة ٦٤٤ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٥٩٠ من المشروع التمهيدى . وعدلته لجنة المراجعة تعديلا لفظيا طفيفا فصار مطابقا لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، ثم وافقت عليه تحت رقم ١٢٥٢ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٢٣٧ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١١٤٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٣٢٧ — ص ٣٢٩) .

التقنين المدنى السابق م ٦٠٣ / ٧٢٩ : المبالغ المستحقة فى مقابلة ما صرف لصيانة الشىء تكون مقدمة على جميع ما عداها من الديون ، ويكون الترتيب بين تلك المصاريف فى المنقولات بعكس ترتيب الصرف عليها .

التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين السورى م ١١٢٧ : ١ – المبالغ المستحقة للمقاولين والمهندسين المعماريين الذين عهد إليهم فى تشييد أبنية أو منشآت أخرى أو فى إعادة تشييدها أو فى ترميمها أو فى صيانتها يكون لها امتياز على هذه المنشآت ، ولكن بقدر ما يكون زائدا بسبب هذه الأعمال فى قيمة العقار وقت بيعه . ٢ – ويجب أن يقيد هذا الامتياز ، وتكون رتبته من وقت القيد .

التقنين الليبى م ١١٥١ : ١ – المبالغ المستحقة للمقاولين والمهندسين المعماريين الذين عهد إليهم بتشييد أبنية أو منشآت أخرى أو بإعادة تشييدها أو بترميمها أو بصيانتها ، يكون لها –

وقد جاء فى مذكرة المشروع التمهيدى ، فى خصوص هذا النص ، ما يأتى :

« الحق الممتاز : المبالغ المستحقة للمقاولين والمهندسين المعماريين لتشييد أبنية أو منشآت أخرى أو ترميمها أو صيانتها . فيزيد المشروع على التقنين الحالى (السابق) مصروفات البناء . ويتلافى بذلك نقصاً معروفاً فى التقنين الحالى « السابق » .

محل الامتياز : ما زاد فى قيمة العقار بسبب هذه الأعمال وبقى قائماً إلى وقت بيع العقار . بخلاف مصروفات الصيانة فى المنقول ، فالامتياز يقع على كل المنقول لا على ما زاد فيه بسبب هذه المصروفات ، وقد تقدم ذكر ذلك .

مرتبة الامتياز : يجب قيد الامتياز ، وتتحدد المرتبة من وقت القيـــد »[1] .

٧٣٥ — الحق الممتاز : يشمل الحق الممتاز مصروفات البناء وإعادة البناء ، كما يشمل مصروفات الترميم والصيانة ، فى حين أن التقنين السابق كان يشمل مصروفات الترميم والصيانة دون مصروفات البناء وإعادة البناء .

= امتياز على هذه المنشآت ، ولكن بقدر ما يكون زائداً بسبب هذه الأعمال فى قيمة العقار وقت التصرف فيه . ٢ – ويجب أن يقيد هذا الامتياز ، وتكون مرتبته من وقت القيد .

التقنين العراقى م ١٣٧٩ : ١ – المبالغ المستحقة للمقاولين والمهندسين المعماريين الذين عهد إليهم تشييد أبنية أو منشآت أخرى أو إعادة تشييدها أو ترميمها أو صيانتها لها حق امتياز على هذه المنشآت ، بقدر ما يكون زائداً بسبب هذه الأعمال فى قيمة العقار وقت بيعه . ٢ – ويجب تحرير سند رسمى بالأعمال التى تمت والمبالغ المستحقة فى مقابلها ، وتسجيل الامتياز فى دائرة الطابو بناء على هذا السند . وتكون مرتبة هذا الامتياز من وقت التسجيل . ٣ – وفيما يتعلق بهذه المنشآت يتقدم صاحب هذا الامتياز على حق المرتهن للأرض التى قامت عليها هذه الأعمال إذا شملها الرهن ، سواء كان هذا الرهن تأمينيا أو حيازيا .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٣٢٨ – ص ٣٢٩ .

والنص مقصور على المقاولين والمهندسين المعماريين .

فلا يستفيد منه مستأجر العقار أو حائزه أو الفضولى إذا قام أى منهم بالبناء أو بالترميم أو بالصيانة . كما لا يستفيد منه العامل الأجير إذا لم يكن مهندساً معمارياً أو مقاولا ، ولكن العامل له امتياز عام هو امتياز الأجراء . ولا يثبت الامتياز للمقاول أو المهندس المعمارى الذى يقوم من تلقاء نفسه بأعمال البناء أو الترميم أو الصيانة ، بل يجب أن يعهد إليه صاحب العمل بذلك . وصاحب العمل يكون عادة هو المالك ، ولكن يصح أن يكون مستأجراً ، أو صاحب حق انتفاع ، أو دائناً مرتهناً رهن حيازة ، أو واضع اليد .

والامتياز مقصور على المبالغ المستحقة للبناء ، أو إعادة البناء ، أو الترميم ، أو الصيانة . ويرد ذلك على الأبنية ، والطرق ، والآبار ، والقناطر ، وغير ذلك من أعمال التشييد . ولا ينحصر فى أصل المبالغ ، بل يمتد أيضاً إلى الفوائد المستحقة عن هذه المبالغ[1] .

ولكن الامتياز لا يضمن إلا التشييد وما يلحق به كالترميم والصيانة ، فهو لا يضمن إصلاح الأراضى الزراعية والمراوى والمصارف وتجفيف البرك[2] .

٧٣٦ — محل الامتياز : ويرد الامتياز لا على المال كله كما فى ترميم المنقول ، بل على ما زاد فى قيمة العقار بسبب الأعمال وبقى قائماً إلى وقت البيع[3] .

---

(١) شفيق شحاته ٣ فقرة ١٩٢ .

(٢) بيدان وڤواران فقرة ٦٠٠ – پلانيول وريپير وبيكيه فقرة ٦٦٠ – شفيق شحاتة ٣ فقرة ١٩٢ – محمد على إمام فقرة ١٨١ .

(٣) پلانيول وريپير وبيكيه فقرة ٦٦٤ – محمد كامل مرسى فقرة ٤٩٩ – سليمان مرقس فقرة ٣٩٥ ص ٦٣٥ .

ويقدر القاضى مقدار الزيادة التى يباشر عليها الامتياز وقت البيع ، وله أن يستعين فى ذلك بخبراء .

ويقتصر الامتياز على جزء من ثمن العقار يقابل ما هو باق وقت بيعه من قيمة الزيادة التى حصلت بسبب الأعمال .

ومتى عين قدر الزيادة على هذا الوجه ، فهذه الزيادة تضمن كل جزء من استحقاق المهندس أو المقاول ، وكذلك كل استحقاق المهندس أو المقاول مضمون بكل جزء من هذه الزيادة .

٧٣٧ — شهر الامتياز : ويقيد هذا الامتياز ويكون القيد بموجب قائمة كقائمة الرهن أو الاختصاص . يبين فيها مقدار الدين الممتاز . ويرفق بها ما يؤيده من مستندات كعقد محاسبة أو إقرار من المدين أو حكم قضائى .

ويجب أن تكون هذه المستندات مصدقاً فيها على توقيع المدين .

٧٣٨ — مرتبة الامتياز : وإذا أجرى القيد ، كانت مرتبة الامتياز من وقت إجرائه .

وإذا تزاحم الامتياز مع أى حق عينى آخر على العقار ، قدم الأسبق منهما فى تاريخ شهره .

وإذا نشأ الامتياز بسبب أعمال أجريت فى عقار مرهون ، فإن المادة ١٠٣٦ مدنى تقضى بأن امتداد الرهن إلى ما يلحق العقار المرهون من تحسينات وإنشاءات تعود بمنفعة على المالك مقيد بعدم الإخلال بامتياز المبالغ المستحقة للمهندسين والمقاولين .

وعلى ذلك تكون الأولوية للامتياز ، ولو أن الرهن أسبق فى تاريخ القيد[1] .

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٦٤٢ — محمد على إمام فقرة ٤٨٣ — سليمان مرقس فقرة ٣٩٦ ص ٦٣٨ .

§ ٣ – امتياز المتقاسم فى العقار

٧٣٩ – *نص قانونى* : تنص المادة ١١٤٩ مدنى على ما يأتى :

« للشركاء الذين اقتسموا عقاراً حق امتياز عليه ، تأميناً لما تخوله القسمة من حق فى رجوع كل منهم على الآخرين ، بما فى ذلك المطالبة بمعدل القسمة . ويجب أن يشهر هذا الامتياز ، وتكون مرتبته من وقت القيد »[1].

وقد جاء فى مذكرة المشروع التمهيدى ، فى خصوص هذا النص ، ما يأتى :

« الحق الممتاز : سبق بيانه فى امتياز المتقاسم فى المنقول .

محل الامتياز : الحصة المفرزة التى وقعت فى نصيب كل متقاسم ، كما فى المنقول .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٥٩١ من المشروع التمهيدى . وعدلته لجنة المراجعة تعديلا لفظياً طفيفاً حتى صار مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، ثم وافقت عليه تحت رقم ١٦٥٣ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٢٣٨ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١١٤٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٣٠ – ص ٢٣١) .

التقنين المدنى السابق م ٦٠٢ / ٧٢٨ : للشركاء الذين اقتسموا عقارا شائعاً بينهم حق امتياز على ذلك على ذلك العقار تأمينا لحقوقهم فى رجوع بعضهم على بعض فى القسمة ، ويثبت لهم هذا الامتياز بالتسجيل فى قلم كتاب المحكمة بغير اقتضاء لشرط خاص . ويجرى مقتضى الامتياز على حسب الدرجة التى ترتبت له بالتسجيل .

التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين السورى : لا شىء .

التقنين الليبى : لا شىء .

التقنين العراقى م ١٣٨٠ : ١ – إذا اقتسم الشركاء عقارا شائعاً بينهم ، فحق كل منهم فى الرجوع على الآخرين بسبب القسمة وفى استيفاء ما تقرر له فيها من معدل يكون مضمونا بحق امتياز على جميع الحصص المفرزة متى وقعت فى نصيب باقى الشركاء . ٢ – ويجب تسجيل حق الامتياز هذا فى دائرة الطابو ، وتكون مرتبته من وقت التسجيل .

مرتبة الامتياز : بجب قيد الامتياز ، وتتحدد المرتبة من وقت القيـــد »[1] .

٧٤٠ — الحق الممتاز : يضمن الامتياز حقوق كل من المتقاسمين فى الرجوع على الآخرين بسبب القسمة ، ويستوى فى ذلك أن تكون القسمة كلية أو جزئية ، ودية أو قضائية ، عيناً أو بطريق التصفية .

ويشـــمل ذلك :

١ ــ معـــدل القسمة[2] .

٢ ــ ثمن التصفية ، أى الثمن الذى يرسو به المزاد على أحد المتقاسمين لعدم إمكان القسمة عيناً[3] .

٣ ــ التعويض الذى يستحقه أحد المتقاسمين لدى المتقاسمين الآخرين بموجب ضمان الاستحقاق[4] .

٤ ــ الفوايد عن أى مبلغ من المبالغ المتقدمة[5] .

٧٤١ — محل الامتياز : فيما يتعلق بمعدل القسمة ، على العقار الذى دفع فى نصيب المتقاسم الملزم بدفع المعدل[6] .

وفيما يتعلق بثمن التصفية ، على العقار الذى بيع بالمزاد إلى أحد المتقاسمين[7] .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٣٣١ .

(٢) بيدان وفواران فقرة ٥٩٧ – بلانيول وريبير وبيكيه فقرة ٦٥٢ .

(٣) بيدان وفواران فقرة ٥٩٧ .

(٤) بلانيول وريبير وبيكيه فقرة ٦٥٤ .

(٥) بيدان وفواران فقرة ٥٩٧ . وانظر ذلك فى قسمة المنقول آنفاً فقرة ٧٢٦ .

(٦) بلانيول وريبير وبيكيه فقرة ٦٥٧ – كولان وكابيتان ٢ فقرة ١١٥٥ – جوسران ٢ فقرة ١٧٦٠ .

(٧) بيدان وفواران فقرة ٥٩٨ – بلانيول وريبير وبيكيه فقرة ٩٥٦ .

وفيما يتعلق بضمان الاستحقاق ، على جميع العقارات التى حصلت قسمتها بمقدار حصة المتقاسم الأصلية فى الشيوع .

٧٤٢ – شهر الامتياز : يجب قيد هذا الامتياز ، ولو كان عقد القسمة مسجلا .

ويكون القيد بموجب قائمة فيبين فيها مقدار معدل القسمة أو ثمن مقدار معدل القسمة أو ثمن التصفية ، ويرفق بها عقد القسمة أو محضر مرسى المزاد .

٧٤٣ – مرتبة الامتياز : ومتى قيد الامتياز ، كانت مرتبته بحسب تاريخ قيده .

تم بعون الله تعـــالى

فهرس

صفحة

القسم الأول

التأمينات الشخصية

الفصل الأول — أركان الكفالة

الفصل الثانى — آثار الكفالة

صفحة

صفحة

صفحة

الفصل الثالث — انقضاء الكفالة

صفحة

صفحة

القسم الثانى
التأمينات العينيـــة

الباب الأول – الرهن الرسمى

الفصل الأول – إنشاء الرهن الرسمى

صفحة

صفحة

صفحة

الفصل الثانى — آثار الرهن الرسمى

صفحة

صفحة

صفحة

صفحة

صفحة

صفحة

صفحة

صفحة

صفحة

صفحة

الفصل الثالث – انقضاء الرهن الرسمى

صفحة

صفحة

صفحة

صفحة

الباب الثانى – حق الاختصاص

الفصل الأول – إنشاء حق الاختصاص

صفحة

صفحة

صفحة

صفحة

الفصل الثانى ــ آثار حق الاختصاص

صفحة

الفصل الثالث ـ إنقاص حق الاختصاص وانقضاؤه

صفحة

الباب الثالث – الرهن الحيازى

الفصل الأول – إنشاء الرهن الحيازى

صفحة

صفحة

الفصل الثانى ـ آثار الرهن

صفحة

صفحة

صفحة

صفحة

صفحة

الفصل الثالث ـ انقضاء الرهن الحيازى

صفحة

الفصل الرابع – بعض أنواع الرهن الحيازى

صفحة

صفحة

الباب الرابع — حقوق الامتياز

صفحة

الفصل الأول – حقوق الامتياز العامة

وحقوق الامتياز الخاصة الواقعة على منقول

صفحة

صفحة

صفحة

الفصل الثانى – حقوق الامتياز الخاصة

الواقعة على عقار

صفحة

أجزاء الوسيط

وقد ظهرت كلها

الجزء الأول — فى مصادر الالتزام	الطبعة الأولى	سنة ١٩٥٢
	الطبعة الثانية	سنة ١٩٦٤
الجزء الثانى — فى الإثبات وآثار الالتزام		سنة ١٩٥٦
الجزء الثالث — فى أوصاف الالتزام وحوالته وانقضائه		سنة ١٩٥٨
الجزء الرابع — فى البيع والمقايضة		سنة ١٩٦٠
الجزء الخامس — فى العقود الأخرى الواردة على الملكية (الهبة والشركة والقرض والدخل الدائم والصلح)		سنة ١٩٦٢
الجزء السادس — (مجلدان) فى العقود الواردة على المنفعة (الإيجار والعارية)		سنة ١٩٦٣
الجزء السابع — (مجلدان) — المجلد الأول فى العقود الواردة على العمل (المقاولة والوكالة والوديعة والحراسة) — المجلد الثانى فى عقود الغرر (عقد التأمين والمقامرة والرهان والمرتب مدى الحياة)		سنة ١٩٦٤
الجزء الثامن — فى حق الملكية (مع شرح مفصل للأشياء والأموال)		سنة ١٩٦٧
الجزء التاسع — فى أسباب كسب الملكية — الحقوق الأصلية المتفرعة عن الملكية (حق الانتفاع وحق الارتفاق)		سنة ١٩٦٨
الجزء العاشر — فى التأمينات الشخصية والعينية (الكفالة ، والرهن الرسمى وحق الاختصاص ورهن الحيازة وحقوق الامتياز)		سنة ١٩٧٠

الوجـــيز

ما ظهر

الجزء الأول – فى نظرية الالتزام بوجه عـام (يشتمل على الأجزاء الأول والثانى والثالث من الوسيط) سنة ١٩٦٦

ما هو تحت الإعداد

الجزء الثانى – فى العقود المسماة

(ويشـتمل على الأجزاء الرابع والخامس والسادس والسابع من الوسيط)... ... ...

الجزء الثالث – فى الحقوق العينية والتأمينات

(ويشـتمل على الأجزاء الثامن والتاسع والعاشر من الوسيط)... ... ...

للمؤلف

(أولا) كتب

١ — القيود التعاقدية الواردة على حرية العمل — المعيار المرن والقاعدة الجامدة (بالفرنسية) سنة ١٩٢٥

٢ — الخلافة الإسلامية وتطورها لتصبح عصبة أمم شرقية (بالفرنسية) سنة ١٩٢٦

٣ — عقد الإيجار سنة ١٩٣٠

٤ — نظرية العقد سنة ١٩٣٤

٥ — الموجز فى النظرية العامة للالتزامات سنة ١٩٣٨

٦ — أصول القانون (بالاشتراك مع الأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت) سنة ١٩٣٨

٧ — التصرف القانونى والواقعة المادية (دروس لقسم الدكتوراه) سنة ١٩٥٤

٨ — مصادر الحق فى الفقه الإسلامى (مقارنة بالفقه الغربى):

الجزء الأول — مقدمة — صيغة العقد فى الفقه الإسلامى سنة ١٩٥٤

الجزء الثانى — مجلس العقد وصحة التراضى (الغلط والتدليس والإكراه والغبن فى الفقه الإسلامى) سنة ١٩٥٥

الجزء الثالث — محل العقد فى الفقه الإسلامى سنة ١٩٥٦

الجزء الرابع — نظرية السبب ونظرية البطلان فى الفقه الإسلامى سنة ١٩٥٧

الجزء الخامس — آثار العقد بالنسبة إلى الأشخاص فى الفقه الإسلامى (الخلف العام والخلف الخاص والدعوى البولصية والإعسار والتعهد عن الغير والاشتراط لمصلحة الغير والنيابة فى التعاقد فى الفقه الإسلامى) سنة ١٩٥٨

الجزء السادس — آثار العقد بالنسبة إلى الموضوع فى الفقه الإسلامى (تفسير العقد وتنفيذه وفسخ العقد للعذر أو لحوادث طارئة والمسئولية العقدية والفسخ والدفع بعدم التنفيذ والإقالة فى الفقه الإسلامى) سنة ١٩٥٩

٩ – الوسيط فى شرح القانون المدنى (عشرة أجزاء) .

١٠ – الوجيز فى شرح القانون المدنى (ظهر منه الجزء الأول – انظر آنفا)

(ثانيا) بحوث ومقالات

١ – الشريعة الإسلامية كمصدر للتشريع المصرى (بحث بالفرنسية أدرج فى مجموعة لامبير) .

٢ – المعيار فى القانون (بحث بالفرنسية أدرج فى مجموعة جنى) .

٣ – المسئولية التقصيرية (بالاشتراك مع الأستاذ حلمى بهجت بدوى – مقال بالفرنسية نشر بمجلة القانون والاقتصاد سنة ١٩٣٣) .

٤ – المسئولية التقصيرية فى الشريعة الإسلامية (بحث بالفرنسية قدم إلى مؤتمر القانون المقارن بلاهاى سنة ١٩٣٧) .

٥ – الشريعة الإسلامية أمام مؤتمر القانون المقارن بلاهاى (مقال بالفرنسية نشر بمجلة القانون والاقتصاد سنة ١٩٣٧) .

٦ – الامتيازات الأجنبية (بحث نشر فى سنة ١٩٣٠) .

٧ – تنقيح القانون المدنى (بحث نشر فى الكتاب الذهبى للمحاكم الوطنية ، وفى مجلة القانون والاقتصاد سنة ١٩٣٣) .

٨ – من مجلة الأحكام العدلية إلى القانون المدنى العراقى (مقال نشر فى مجلة القضاء ببغداد سنة ١٩٣٦) .

٩ – عقد البيع فى مشروع القانون المدنى العراقى (نشر فى بغداد سنة ١٩٣٦).

١٠ – مقارنة المجلة بالقانون المدنى (بحوث ألقيت فى كلية الحقوق ببغداد سنة ١٩٣٦) .

١١ – المفاوضات فى المسألة المصرية (بحث نشر فى سنة ١٩٤٧) .

١٢ – الانحراف فى استعمال السلطة التشريعية (بحث نشر فى مجلة مجلس الدولة سنة ١٩٥١) .

رقم الإيداع بدار الكتب ٢٧٧١ / ١٩٦٩

القاهرة

مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر

